

Instituto Superior de Ciências Policiais e Segurança Interna



PABLO OLIVA SOUZA

Delegado de Polícia Federal no Brasil

**DISSERTAÇÃO DE MESTRADO INTEGRADO EM CIÊNCIAS POLICIAIS
ESPECIALIZAÇÃO EM CRIMINOLOGIA E INVESTIGAÇÃO CRIMINAL**

VII CURSO DE MESTRADO EM CIÊNCIAS POLICIAIS

**A (IN) ADMISSIBILIDADE DAS PROVAS ILÍCITAS
DERIVADAS: ASPECTOS DA ILICITUDE PROBATÓRIA NO
DIREITO PROCESSUAL PENAL.**

Orientador:

PROFESSOR DOUTOR NEREU JOSÉ GIACOMOLLI.

Lisboa, 12 de fevereiro de 2018.

Dados Internacionais de Catalogação-na-Publicação (CIP)

SOUZA, Pablo Oliva

A (In) Admissibilidade das Provas Ilícitas Derivadas: Aspectos da Ilicitude Probatória no Direito Processual Penal / Pablo Oliva Souza.

Lisboa, 2018.

121f. Cento e vinte e uma folhas

Dissertação de mestrado – Ciências Policiais: Criminologia e Investigação Criminal – Instituto Superior de Ciências Policiais e Segurança Interna, 2018. Orientador: Prof. Dr. Nereu José Giacomolli.

1. Provas Ilícitas Derivadas: (In) admissibilidade. 2. Ilicitude Probatória. 3. Teorias Atenuantes do Ilícito Probatório. I. – Instituto Superior de Ciências Policiais e Segurança Interna. II. ISCPPI.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

SOUZA, Pablo Oliva. **A (In) Admissibilidade das Provas Ilícitas Derivadas: Aspectos da Ilicitude Probatória no Direito Processual Penal**. 2018. 121f. Cento e vinte e uma folhas. Dissertação de Mestrado em Ciências Policiais – Instituto Superior de Ciências Policiais e Segurança Interna, Lisboa - Portugal.

CESSÃO DE DIREITOS

NOME DO AUTOR: PABLO OLIVA SOUZA.



Estabelecimento de Ensino: Instituto Superior de Ciências Policiais e Segurança Interna.

Curso: VII Mestrado em Ciências Policiais: Criminologia e Investigação Criminal.

Orientador: Professor Doutor Nereu José Giacomolli.

Título: A (In) Admissibilidade das Provas Ilícitas Derivadas: Aspectos da Ilícitude Probatória no Direito Processual Penal.

Autor: Pablo Oliva Souza

Local de Edição: Lisboa

Data de Edição: Fevereiro de 2018.

Dissertação apresentada para cumprimento dos requisitos necessários à obtenção de grau de Mestre em Ciências Policiais na especialização de Criminologia e Investigação Criminal, realizada sob a orientação do Professor Doutor Nereu José Giacomolli.

“Armemos ciladas ao justo, porque sua presença nos incomoda: ele se opõe ao nosso modo de agir, repreende em nós as transgressões da lei e nos reprova as faltas quanto a nossa disciplina. Vejamos, pois, se é verdade o que ele diz, e comprovemos o que vai acontecer com ele. Se, de fato, o justo é ‘filho de Deus’, Deus o defenderá e o livrará das mãos dos seus inimigos”

Bíblia Sagrada, Livro da Sabedoria 2, 12.17-18.

DEDICATÓRIA

À minha família, equilíbrio de minha alma, alimento de meu espírito.

À memória dos meus entes e amigos queridos, jamais esquecidos.

AGRADECIMENTOS

Gratidão primeira a Deus, alfa e ômega, princípio e fim de todas as coisas.

Minha eterna reverência à minha esposa, pais, irmãos e filha, responsáveis principais pelas virtudes que cativo e suportes insubstituíveis das angústias e dissabores da vida.

Agradeço, com júbilo, todos os confrades de Mestrado, os servidores e os professores do Instituto Superior de Ciências Policiais e Segurança Interna, tríplice argamassa que tornou possível sedimentar os conhecimentos justapostos nessa peça de arquitetura jurídica.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ABNT	Associação Brasileira de Normas Técnicas
APA	<i>American Psychological Association</i>
Art.	Artigo
CCB	Código Civil Brasileiro
CPB	Código Penal Brasileiro
CPCB	Código de Processo Civil Brasileiro
CPPB	Código de Processo Penal Brasileiro
CRFB	Constituição da República Federativa do Brasil
CRP	Constituição da República Portuguesa
FS	Forças de Segurança
FA	Forças Armadas
LOPSP	Lei Orgânica da Polícia de Segurança Pública de Portugal
LOPOP	Lei Orgânica da Polícia de Ordem Pública
MP	Ministério Público
MPF	Ministério Público Federal do Brasil
PF	Polícia Federal do Brasil
SI	Sistema Internacional de Unidades
STF	Superior Tribunal de Justiça do Brasil
STF	Supremo Tribunal Federal do Brasil
STC	Tribunal Constitucional de España
TCP	Tribunal Constitucional de Portugal
US	United States of America (Estados Unidos da América)

RESUMO

A evolução do direito em prol do ser-humano permitiu, que a formatação da prova em âmbito criminal fosse erigida em pilares constitucionais que vedam a concretização de provas avessas aos diplomas normativos em vigor. Contudo, sendo a prova o elemento cardinal para a formação do convencimento do Judiciário e em última análise de realização da Justiça, até que ponto a premissa da inadmissibilidade de obtenção de elementos probantes derivados admite ser relativizada frente às teorias que atenuam a ilicitude da efetivação desta prova.

Palavras-chave: Prova Processual, Ilícitude Probatória, Ilícitude Derivada, Teorias Atenuantes.

ABSTRACT

The evolution of the law in favor of human beings has permitted that the format of evidence, within the criminal context, be erected upon constitutional pillars which prohibit the obtention of evidence in disaccord with existing statutes. However, considering that evidence is the cardinal element in the formation of judicial conviction – and, therefore, of doing Justice itself - to what extent can the premise of inadmissibility of derivative evidentiary elements be relativized, in light of the theories regarding the attenuation of probatory illegality of said evidence.

Keywords: Procedural Evidence, Probatory Illegality, Derivative Illegality of Evidence, Mitigating Theories.

ÍNDICE

1	INTRODUÇÃO	<u>1</u>
1.1	Enquadramento da temática.....	<u>1</u>
1.2	Justificação da escolha do tema.....	<u>1</u>
1.3	Problema de estudo.....	<u>2</u>
2	CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE A PROVA	<u>3</u>
2.1	A prova e as acepções da verdade	<u>3</u>
2.2	A perspectiva da prova como direito fundamental.....	<u>5</u>
2.3	Estrutura analítica da prova: Generalidades, Conceitos e Objetivos.....	<u>9</u>
2.3.1	Generalidades.....	<u>9</u>
2.3.2	Conceitos e Objetivos	<u>10</u>
2.4	Catologação das provas: Classificações	<u>15</u>
2.4.1	A prova documental.....	<u>15</u>
2.4.2	A prova testemunhal	<u>17</u>
2.4.3	A prova pericial.....	<u>20</u>
2.5	Elementos da prova: Objetos e Meios	<u>22</u>
2.6	O encargo probatório.....	<u>26</u>
2.7	A presunção de inocência e a prova em Direito Criminal.....	<u>30</u>
2.8	Os limites axiológicos aos novos meios de consecução da prova penal	<u>36</u>
3	A PROVA ILÍCITA	<u>40</u>
3.1	Dicotomias entre os institutos jurídicos da Existência, Legalidade e Validade.....	<u>40</u>
3.1.1	A existência.....	<u>40</u>
3.1.2	A legalidade	<u>41</u>
3.1.3	A validade	<u>45</u>

3.2	A (in)admissibilidade probatória penal: Conceitos de Ilícito e Ilegítimo	<u>47</u>
3.3	Ilícitude direta e derivada: Causas e Espécies de ilicitude probante	<u>51</u>
3.4	Premissas Constitucionais da Proporcionalidade e Razoabilidade.....	<u>53</u>
3.5	A ilicitude da prova e os casos concretos: Aspectos <i>pro reo</i> e <i>pro societate</i> ..	<u>59</u>
3.5.1	A (in)admissibilidade da prova ilícita em favor do <i>réu</i>	<u>60</u>
3.5.1.1	Antinomia principológica aparente entre a Ampla Defesa e a Proibição à prova ilícita	<u>61</u>
3.5.1.2	As excludentes de antijudicidade e as provas ilícitas	<u>62</u>
3.5.2	A (in)admissibilidade da prova ilícita em favor da <i>sociedade</i>	<u>63</u>
3.5.2.1	Defesa da coletividade <i>versus</i> combate à delinquência individual	<u>64</u>
3.5.2.2	Proteção da vítima em situações emergenciais	<u>66</u>
3.5.2.3	A macrocriminalidade: organizações criminosas e delitos graves.....	<u>67</u>
4	AS TEORIAS ATENUANTES DO ILÍCITO PROBATÓRIO	<u>73</u>
4.1	Excepcionalidades à ilicitude da prova no direito contemporâneo	<u>73</u>
4.2	Construção das Teorias Atenuantes da ilicitude probatória	<u>76</u>
4.3	Teorias Atenuantes: Análise Individualizada	<u>79</u>
4.3.1	Teoria da Fonte Independente (<i>Independent source</i>) ou Teoria das Provas Autônomas	<u>79</u>
4.3.2	Teoria da Descoberta Inevitável (<i>The inevitable discovery limitation</i>) ou Serendipidade ou Teoria do Encontro Fortuito ou Casual de Provas	<u>82</u>
4.3.3	Teoria da Descontaminação Posterior ou Limitação da Mancha purgada (<i>The purged taint limitation</i>) ou Nexo Causal Atenuado (<i>Attenuated connection limitation</i>) ou Vício Diluído e Tinta Diluída ou Irregularidade Sanada	<u>86</u>
4.3.4	Teoria da Boa-Fé (<i>Good faith exception</i>).....	<u>89</u>
4.3.5	Teoria do Risco	<u>91</u>
4.3.6	Teoria da Exceção do Erro Inócuo ou Inofensivo (<i>Harmless error</i>)	<u>93</u>
4.3.7	Teoria da <i>Standing Rule</i> ou Limitação da Expectativa Legítima e Pessoal..	<u>95</u>

5	CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	<u>96</u>
6	REFERENCIAL BIBLIOGRÁFICO	<u>98</u>

1 - INTRODUÇÃO

1.1 - ENQUADRAMENTO DA TEMÁTICA

A busca incessante pela Justiça diante dos desvios ocorridos no âmbito social sempre esteve ancorada na ideia de que as normas e o direito, independente de formalismos, devem resgatar a verdade na correção das arritmias sociais com vista à harmonia da vida em comunidade.

Todavia, resgatar a verdade perante injustiças cometidas, significa reconstruir fatos e redesenhar o passado, o que é feito tão-somente por intermédio de elementos de prova, os quais serão capazes de resgatar de que lado está a razão e o justo. Nesse ideal, o direito evoluiu para disciplinar a legalidade e legitimidade das provas dentro do universo jurídico e evitar atropelos no afã de obter justiça a todo preço, de onde exsurge, como pedra fundamental, o princípio da proibição da obtenção de provas por meios e mecanismos contrários ao ordenamento normativo.

A partir destes preceitos, a metodologia empregada nesse trabalho, pressupõe, numa primeira fase, a pesquisa bibliográfica do assunto, a fim de apresentar o estado da arte sobre as diferentes perspectivas e principais conceitos acerca da prova criminal e suas excepcionalidades e, numa segunda etapa, mediante a convergência das diversas teses e teorias que fundamentam a discussão em voga, realizar um paralelo entre os distintos pontos de vista. Também sobre a questão jurídica posta em debate, para concluir sobre a eficácia e aplicabilidade das correntes principiológicas, legais, doutrinárias e judiciais que abordam a *vexata quaestio*.

1.2 – JUSTIFICAÇÃO DA ESCOLHA DO TEMA

Os motivos e os objetivos que permeiam a escolha do assunto proposto, podem ser elencados em três principais vertentes, quais sejam: analisar o progresso da temática prova ilícita derivada no direito brasileiro e internacional; apresentar as atuais discussões e alternativas teóricas que envolvem a prova ilícita derivada, tanto na defesa das garantias e liberdades individuais como no interesse da coletividade; e, debater a problemática da realização de justiça aos casos concretos em direito penal, através de um paralelo com a importância do material probante e as teorias existentes para amortecer o peso da

inadmissibilidade de provas derivadas, em princípio vedadas pela lei, nesse específico cenário.

1.3 – PROBLEMA DE ESTUDO

Tudo no desiderato de colocar em questão, o problema de que até que ponto a premissa da inadmissibilidade de obtenção de elementos probantes derivados admite ser relativizada e sopesada frente às teorias que atenuam a ilicitude da efetivação desta prova. Assim sendo, o tomo inicial desta dissertação dedica-se à construção das digressões jurídicas acerca da teoria geral da prova, sem a ambição de completude dos infundáveis e mutantes teoremas do universo probante, mas tão somente para situar o ponto discutido dentre os variados capítulos que o direito mundial se debruça.

No tópico seguinte, com lupa na ilicitude da prova, minudencia-se distintas nuances desta antijuridicidade, com escopo de externar conceitos, estabelecer dicotomias e demonstrar variadas opiniões jurídicas brasileiras e de outros países acerca da temática da proibição da obtenção de provas por meios e mecanismos contrários ao ordenamento normativo.

Como fecho do estudo, aborda-se as provas ilícitas originárias e por derivação e as algumas possíveis teorias atenuantes da ilicitude no âmbito criminal, sob o pálio de que a mutabilidade da sociedade recomenda que até a premissa mais acertada, tenha flexibilidades e excepcionalidades, que validarão a regra e tornarão ainda mais apropriadas as essências de sua fórmula. Nesse jaez, que os contemporâneos juristas soerguem as teorias de abrandamento das provas viciadas, principalmente da ilicitude derivada, tanto *pro reo* como *pro societate*, na visão de que determinados casos demandam temperamentos das vedações à consecução de provas, para não se cometer iniquidades.

Não se pretende aqui, em qualquer hipótese, exaurir as colossais discussões acerca da (in) admissibilidade da prova penal, mas sim, apresentar alguns dos variados ângulos que os operadores do direito visualizam a questão e assim renovar o debate do assunto e exercitar a discussão, em prol do melhor uso do direito, como instrumento concretizador do bem-estar das pessoas.

2 - CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE A PROVA.

2.1 – A PROVA E AS ACEPÇÕES DA VERDADE

Nos estudos antropológicos que analisam a evolução da raça humana, duas interessantes características antagônicas do comportamento do homem vêm à tona desde a organização das primeiras sociedades: a delinquência e a busca por justiça.

Na ótica das ciências sociais, os desvios comportamentais tanto fazem parte do caráter das pessoas quanto as iniciativas para coibi-los. A vertente criminológica que aborda o delito sob a perspectiva de que o crime é um comportamento social, sendo assim, pensado, aprendido e justificado dentro do processo de interação social, inicia-se a partir do fundamento teórico ofertado por Durkheim (2007, p. 83) no qual **"o crime é normal porque uma sociedade isenta dele é completamente impossível"**.

Diametralmente oposto, reside o inconformismo com as condutas desviantes, num clamor pulsante pelo certo em oposição ao errado, ao reto em contrapartida do injusto. No sábio vernáculo grego de Aristóteles (2005, p. 93):

“A verdade e a justiça são por natureza mais fortes que os seus contrários, de sorte que, se os juízos se não fizerem como convém, a verdade e a justiça serão necessariamente vencidas pelos seus contrários, e isso é digno de censura.”

As aspirações por justiça, porém, verteram muito sangue inocente no passado, principalmente quando aos particulares incumbia fazer justiça com seus próprios meios e o Estado negava-se a essa função, modelo conhecido como autotutela, autodefesa ou regime de vingança privada no qual quem pretendesse alguma coisa deveria tratar de conseguir, por seus esforços a satisfação de sua pretensão (Grinover, Cintra e Dinamarco, 2012, p. 29). Sem dúvida, os mais fracos, pobres ou socialmente inferiores jamais poderiam ver a justiça fazer-se em seu favor, oprimidos pela ausência de uma estrutura de poder que os defendesse.

No primeiro amanhecer em que o Estado assume o papel protagonista por dizer o direito e julgar os homens, exercendo o chamado monopólio da jurisdição, a luz da justiça projeta novo brilho. Bobbio e Bovero (1996, p. 48), marcam com linhas profundas, a importância do Estado, na vida social:

“Na cadeia finita de várias sociedades, uma sobre a outra, é inevitável que se chegue a uma sociedade da qual as outras dependam e que, por sua vez, não depende de nenhuma outra. Essa sociedade última é o Estado.”

A fundamental ascensão estatal à exclusividade da jurisdição, ainda precária, para atingir a indubitável justiça, a definição do que é verdade para o direito e os meios e mecanismos para distinguir o verdadeiro do falso. Não é, nem nunca será tarefa simples. Descobrir a verdade, em qualquer contexto, é árduo labor, até porque a **“significação da palavra verdade varia tanto, quer se trate de uma experiência pessoal, de uma proposição matemática ou de uma teoria de ciência experimental”** (Einstein, 1981, p. 87).

Desvelar o verdadeiro passa primeiro pelas limitações do homem enquanto ser racional e passional, pois como adverte Couture (2003, p. 43) **“é muito difícil ter o convencimento de se ter alcançado a verdade, um capítulo de intransigência; a humildade da ciência, encontra-se em uma linha sutilmente paralela à humildade do coração.”**

Com efeito, se a tarefa é tão difícil e complexa, a ponto de poder parecer inatingível, é antes de mais nada porque o número de parâmetros para se obter a verdade e obter a justiça é tão grande ou maior que a percepção visual e as capacidades humanas, além do que, o objeto estudado muda com o decurso do conhecimento (Schaff, 1995, p. 288).

Por esses motivos, tornou-se imperioso que o Estado-juiz regulamentasse a administração da justiça, com normas e uma sequência de atos organizados dentro de um processo, e o mais importante, com a determinação de meios e métodos de resgatar a verdade a bem do justo, frente os conflitos de interesses e a tutela das pessoas (Ihering, 2009, p.43), donde exsurge a relevância do direito das provas.

Somente após o mundo jurídico conferir valor e importância às provas, que os litígios entre pessoas, a acusação e a defesa de processados (Tonini, 2002, pp. 139-140), encontraram soluções pautadas não na vontade irrestrita do julgador ou na imposição do desejo dos mais fortes, mas sim no que foi comprovado de maneira hábil e legítima, dentro das regras em vigor (Arendt, 1967, p. 13).

Alicerçados pelas provas, os operadores do direito puderam ajustar suas bússolas em um norte mais próximo possível da realidade e da justiça (Descartes, 1637, p. 12), pois como dizia Carnelutti (2002, p. 24): **“uma verdade, assim como o sol, ilumina as coisas, mas deslumbra os olhos. E, portanto, os juristas olham as coisas e não o sol.”**

2.2 - A PERSPECTIVA DA PROVA COMO DIREITO FUNDAMENTAL.

Assinalado em um dos primeiros *Codex* que se tem conhecimento, o direito à prova, no Código de Leis de Hamurabi (cunhado cerca de 1780 anos antes de Cristo), tinha contornos de exigência da confirmação das alegações postas ao judiciário da época, e, na sua ausência, condenavam o responsável pela afirmação à pena capital. Observemos os artigos 1º e 3º que descrevem:

“artigo “1º. Se alguém enganar a outrem, difamando esta pessoa, e este outrem não puder provar, então que aquele que enganou deve ser condenado à morte. (...)

artigo 3º. Se alguém trazer uma acusação de um crime frente aos anciões, e este alguém não trazer provas, se for pena capital, este alguém deverá ser condenado à morte.” (O Código de Hamurabi, 1910, p. 1).

Em síntese, o que se pretendia aferir é que **aquele que alega, obriga-se a provar o alegado**, situação que fez com que muitos pensadores e cientistas do passado fossem obrigados a negar suas ideias e descobertos, dadas as limitações de comprovar indubitavelmente suas argumentações. Anaxágoras ensinava que o sol era uma pedra vermelha e quente, e, que a lua era feita de terra. Por essa heresia foi banido de Atenas, pois, por acaso não era sabido por todos que o sol era um deus e a lua uma divindade? (Russel, 1956, p. 18). A visão míope dos governantes de outrora transformava a prova, unicamente numa obrigação, frente às verdades estabelecidas pela fé ou costumes de cada época. Foi necessária a evolução da sociedade e do direito como ciência, para que o olhar sobre o tema progredisse, do dever para a prerrogativa, da coação para a garantia.

O viés do dever da prova vinculado à argumentação é apenas uma das faces de um punhal amolado. No outro curso da lâmina, a prova se revela como o direito de alicerçar os argumentos com fatos e subsídios que robustecem o alegado de verossimilhança e certeza.

Shakespeare (2015, p. 125) poetizava que **“a verdade nunca perde em ser confirmada”** (e essa confirmação, em realidade, traduz-se numa garantia de que o indivíduo pode não só falar, mas, sobretudo, tem o direito de provar que é verdadeiro o que diz).

O direito brasileiro teve sua referência inaugural à prova, nas Ordenações Filipinas, publicadas em 1603 (Código Philippino, 1870, p. 662), durante o reinado de D. Felipe II, na forma de um apanhado de leis, que objetiva regular a vida dos portugueses e em via reflexa dos habitantes do Brasil-Colônia, prescrevendo regras materiais e processuais que orientavam os órgãos judicantes a estabelecer um paralelo entre a verdade e a justiça a partir das provas, no ideal de que:

**“Se a verdade for sabida pelo processo, o Julgador julgou o que
lhe pareceo justiça, por provas no processo feitas sobre a
verdade e sustância da cousa”**

Ancorado nos axiomas iluministas advindos da Revolução Francesa, o direito francês da época reformou os princípios pertinentes à prova jurídica através do Decreto de 16-19 de setembro de 1791, introduzindo no sistema judicial a distribuição dos encargos da prova como instrumentos de defesa e formação da convicção decisória do júri, resumida na seguinte frase lida aos jurados antes destes deliberarem, *ipsis verbis* (Carnot e Ricciardi, 1812, p. 113):

**"Jurais (...) decidir conforme ao ônus e aos meios de defesa e
segundo vossa consciência e vossa íntima convicção, com a
imparcialidade e a firmeza que convêm a um homem probo e
livre."¹**

Com efeito, após ser verificado em inúmeros ordenamentos jurídicos pelo mundo, o direito à prova alçou na sociedade moderna o *status* constitucional, inserido na quase

¹ No texto integral do *ARTICLE CCCXII, do Decreto 16-19 de setembro de 1791*, extraído da obra CARNOT, Joseph-François-Claude; RICCIARDI, Francesco (1812) *De l'instruction criminelle*. Tome Second. Paris: Chez Nêve – Libraire de La Cour de Cassation. p.113, destaca-se o trecho traduzido alhures, a saber: **“Vous jurez décider et promettez devant Dieu e devant les hommes, d’examiner avec l’attention la plus scrupuleuse, les charges qui seront portées contre N.; de ne trahir ni les intérêts de l’accusé, ni ceux de la société qui l’accuse ; de ne communiquer avec personne jusqu’après votre déclaration ; de n’écouter ni la haine ou la méchanceté, ni la crainte ou l’affection ; de vous décider, d’après les charges et les moyens de défense et suivant votre conscience et votre intime conviction, avec l’impartialité et la fermeté qui conviennent à un homme probe et libre.”**

totalidade dos textos das Magnas Cartas ocidentais e também nas legislações internacionais aplicáveis entre países.

No ensinamento de Lasalle (2006, pp.08/10), a Constituição de um país é a fonte primitiva de arte e de sabedoria de uma nação, diploma fundamental de um povo, capaz de informar e engendrar as outras leis comuns originárias da mesma, por esse motivo, tão importante que o direito à prova tenha sido incorporado às Cartas Constitucionais.

Na alvorada do constitucionalismo, a *Magna Charta Libertatum* de 1215, a Constituição Norte-Americana de 1787 e a Primeira Constituição Brasileira de 1824 reuniram, em comum, o momento de ruptura com o *status quo* vigente e previsão embrionária do *duo process of law*, consectário primeiro da garantia dos processados de produzir suas provas, em julgamentos, sob a proteção da lei. Esse é o auspício minudenciado na primeira Carta Magna Inglesa, assim traduzido (Cardoso, 1986, p. 140):

“Art. 48 – Ninguém poderá ser preso, detido ou despojado de seus bens, costumes e liberdade, senão em virtude de julgamento de seus pares, segundo as leis do país”

Na atual *Lex Mater* Brasileira, o direito à prova comparece *prima facie* como um direito constitucional implícito, haja vista estar contido no texto da Constituição Federal de 1988, na essência e no espírito dos princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal. Se de um lado, a ampla defesa e o devido processo legal, asseguram que, dentro do permitido em lei e de modo idôneo, seja manejada toda a matéria probante necessária à comprovação do alegado, em outro curso, a premissa do contraditório, garante o direito à prova, na medida em que propicia igualdade entre as partes, com amplas e isonômicas oportunidades de apresentar provas e contradizê-las, seja no campo administrativo ou judicial, seja nas esferas civil ou criminal. Por consequência, o direito fundamental à prova em sua raiz constitucional, provoca ainda o dever do julgador analisar as provas produzidas, admitir quais provas estão de acordo com a lei e são necessárias a formação do processo, presidir a instrução das provas no bojo dos autos e ao final explicitar em quais provas constantes no processo alicerçou o seu decisório, sob pena de nulidade (na letra do artigo 93, IX, primeira parte, CRFB/88),² o que projeta aos litigantes,

² Importante destacar o recente avanço nas regras que definem o contraditório e a fundamentação das decisões judiciais cunhado pelo Direito Brasileiro no Novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015) na letra dos artigos 10 e 489, §1º, ressaltos:

ainda, o direito de ver sua pretensão discutida em duplo grau jurisdicional, com os recursos cabíveis, caso inconformados com a exegese probatória realizada pelo julgador de primeiro grau. Sem finalizar a questão no que pertine ao capítulo de provas, a Lei Fundamental Brasileira permite a incorporação sincrônica de tratados internacionais referendados pela República Federativa do Brasil ao elenco de normas nacionais,³ determinação que reúne ao ordenamento vigente, regramentos alienígenas como a Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948, o Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos da ONU de 1966 e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos de São José da Costa Rica de 1969. Em suas firmes pegadas, a trilha sulcada pelo professor Giacomolli (2014, p. 17) arremata que:

“A partir da CF de 1988, além dos direitos e garantias expresso (arts. 5º, I a LXXVIII, 93, IX, CF, v.g.) e implícitos, ou seja, os decorrentes do regime e dos princípios constitucionalmente adotados (art. 5º, §2º, CF), os direitos e as garantias insculpidos nos diplomas internacionais, ratificados pelo Brasil, integram o denominado ‘bloco de constitucionalidade’ constituindo-se em fontes de proteção. Portanto, há uma abertura do sistema doméstico ao sistema protetivo internacional, possibilitando

“art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.

art.489. São elementos essenciais da sentença:

§1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento”.

³ Ao dedilhar os consectários jurídicos das normas supranacionais à luz dos regramentos de direito internacional público, acentua REZEK que: “A produção de efeitos de direito é essencial ao tratado, que não pode ser visto senão na sua dupla qualidade de ato jurídico e norma. O acordo formal entre Estados é o ato jurídico que produz a norma, e que, justamente por produzi-la, desencadeia efeitos de direito, gera obrigações e prerrogativas, caracteriza enfim, na plenitude de seus dois elementos, o tratado internacional”. Vide: REZEK, José Francisco (2008) *Direito Internacional Público: curso elementar*. 11ª ed. São Paulo: Saraiva. p.18

uma hermenêutica assecuratória dos direitos e liberdades, na perspectiva do devido processo.”

Em via transversa, oportuno salientar que o exercício do direito à prova não é absoluto ou ilimitado, sob pena de tornar-se ilegal ou ilegítimo esse mesmo direito, em casos de deficiências, abusos ou fraudes.

A literatura constitucional brasileira contemporânea inadmite a ilícitude probatória, nas suas mais diversas valências, impondo mecanismos de controle, refreamento e limitação às provas ilegais, como forma primaz de manter os valores constitucionais em conflito (na forma do que consta no art. 5º, LVI, da CRFB/88). Em que pese até mesmo a ilícitude ou ilegitimidade destas provas poder ser atenuada, em homenagem destes mesmos valores e ideais arvorados pelo legislador constituinte, consoante será discorrido profusamente nos capítulos posteriores.⁴

2.3 - ESTRUTURA ANALÍTICA DA PROVA: GENERALIDADES, CONCEITOS E OBJETIVOS.

2.3.1 - Generalidades

A partir de uma visão geral sobre o tema, a temática da prova é vivida no quotidiano das pessoas em todas as suas origens, classes, culturas, sexos e idades, visto que provar faz parte da atividade diária dos indivíduos, no dizer de González (1978, p. 1), provar significa **"examinar ou experimentar as qualidades das pessoas ou coisas, examinar se algo tem a medida ou proporção, a ser ajustado, justificar e fazer patentear a verdade de algo"** Na ótica enciclopédica, o vocábulo “prova”, do latim *probatio* ou *probationis*, significa inspeção, exame, verificação; termo proferido em latim também como *probo* ou *probas* que denota qualidades do bom, reto, honrado e honesto. Para Hoepfner (2007, p. 132), tem o sentido de **“convencer, tornar crível, estabelecer uma verdade, comprovar.”**

Consoante verbalizado por Santos (2004, p. 337): **“Provar é convencer o espírito da verdade respeitante a alguma coisa”**. Em complemento, o magistério de Malatesta

⁴ Em análise comparativa, a Constituição da República Portuguesa refuta a prova em desacordo com o ordenamento normativo em vigor, que será considerada **nula**, como bem leciona o art. 32, nº6, da CRP, no que é complementada pelos arts. 126º e 355º do CPPP, entre outros normativos.

(1927, p. 21) sublinha que, em matéria de provas, a verdade que se objeta traduzir nem sempre corresponde a certeza de algo, até porque a descoberta da verdade invariavelmente tem contornos de relatividade, porquanto, o que é verdadeiro para um, pode ser falso para outrem.⁵ Nesse diapasão, a ponderação sobre as provas que definirá de que lado está a verdade para a lei e para os julgadores. Razão primaz pela qual a produção da prova, seus meios, objetos, métodos e fins revelam-se imprescindíveis para obtenção da justiça. Neste introito, se ressalta o quão é relevante o tema referente à prova em toda ciência jurídica, eis que as provas representam as colunas nas quais se sustenta a dialética processual, do seu início até o julgamento final. Não se faz direito, sem provas.

2.3.2 - Conceitos e Objetivos

Dentro do espectro jurídico, num horizonte amplo, tudo aquilo que for profícuo para comprovar algo, de modo objetivo ou subjetivo, direta ou indiretamente, pode ser considerado prova, desde que lícita e legitimamente produzido. Na investigação criminal, a prova é o meio pelo qual demonstra-se a veracidade de um determinado fato ou acontecimento relacionando-o ao evento-crime sob apuração, e o seu elemento é um sinal, coisa, documento, relato ou constatação da natureza ou do homem que tenha utilidade na revelação de alguma coisa importante às investigações. Com efeito, a prova tem importância cardinal no procedimento investigatório, como bem ensina o magistério de Valente (2014, p. 120):

“A investigação criminal, levada a cabo pela polícia – polícia criminal ou judiciária ou órgãos de polícia criminal, procura descobrir, recolher, conservar, examinar e interpretar provas reais e também procura localizar, contactar e apresentar provas pessoais que conduzam ao esclarecimento da verdade material judicialmente admissível dos factos que consubstanciam a prática de um crime”.

⁵ “A verdade, em geral, é a conformidade da noção ideológica com a realidade; a crença na percepção desta conformidade é a certeza. A certeza é, portanto, um estado subjectivo do espirito, que pode não corresponder à verdade objectiva. A certeza e a verdade nem sempre coincidem: por vezes tem-se a certeza do que objectivamente é falso; por vezes duvida-se do que objectivamente é verdade; e a própria verdade que parece certa a uns, aparece por vezes como duvidosa a outros, e por vezes até como falsa ainda a outros.” MALATESTA, Nicola F. D (1927) *A lógica das Provas em Matéria Criminal*. Tradução: J.Alves de Sá. 2ª ed. Lisboa: Livraria Clássica Editora. p.21.

No âmbito do Direito Processual Penal Brasileiro, prova é demonstração do fato e da autoria, com escopo final constituir dentro do processo uma verdade jurídica apresentada à Justiça como forma de convicção do magistrado e alicerce para proferir a decisão da lide criminal, uma vez que o juiz julga sempre adstrito à prova constante nos autos (art.157, Código de Processo Penal Brasileiro). Com sua costumeira e peremptória lucidez, Carnelutti (1936, p. 675) aborda as provas como um instrumento essencial às lides judiciais, ferramenta indispensável à solução dos processos de cognição judicial; ausentes as provas, diz ele, a lei não poderia, em noventa e nove por cento dos casos chegar a um fim, nem tão pouco o magistrado conseguiria decidir sem chegar a um estado de certeza em adequação dos fatos com o direito e a legislação vindicada. Aliado a esse conjunto de ideias, soerguem-se os **objetivos** ou **sentidos** da prova (Shaff, 1995, p. 279). A doutrina processual que analisa a questão, divide em duas partes os fins a que se propõe a disciplina das provas: **primeiro**, demonstrar a verdade (através da reconstrução do passado) e assim comprovar de que lado está o direito; **segundo**, formar o convencimento do julgador (em busca da justiça).

O sentido da prova dirigido à revelação do que aconteceu em tempo pretérito, ungi as partes do processo das mesmas angústias e barreiras pelas quais vivenciam os historiadores, no desiderato de comprovar como os fatos realmente ocorreram, trabalho equiparado à montagem de um quebra-cabeças em que nem todas as peças estão à mão ou disponíveis. Na feliz síntese de Shaff (1995, p. 279):

“O historiador está limitado, porque lhe é preciso construir o seu mundo de maneira a que se adaptem a ele todos os fragmentos que a história nos trouxe. Assim, não poderá nunca criar uma obra perfeita, transportará sempre as marcas visíveis do esforço das investigações, da coleta e da reunião dos fatos.”

Não é diferente dentro do processo judicial. O escopo de reconstruir uma verdade, antes de tudo, passa por restaurar ou remoldar um tempo anterior. A produção da prova em juízo é, via de regra, uma reconstrução, detalhamento ou descrição de fato, acontecimento ou evento que ocorreu no passado, posto que, almeja demonstrar ou trazer à tona algo já que aconteceu (seja para confirmar, duvidar ou negar sua existência). Reescrever ou

descortinar o passado perfaz-se no principal desafio dos investigadores e das partes integrantes das lides processuais, para, recompor a verdade dos fatos ocorridos, ainda que essa “verdade” seja o mais próximo do que realmente ocorreu.⁶

Em discurso elucidativo, cinzela Machado (2013, p. 16):

“A ‘verdade’ no processo deve ser entendida como uma verdade aproximativa, de onde se pode extrair que determinada tese é mais plausível (mais próxima da verdade possível para o conhecimento humano) e preferível a outras por seu maior ‘poder de explicação’ (sem dar preferência a uma ou outra versão dos fatos) e maior controle (passível de prova e oposição).”

Em outra medida, ponto convergente nas doutrinas judiciais acerca da prova é que essa última tem o cardinal objetivo de pautar o convencimento do Estado-julgador, na sua análise e decisão das lides judiciais. Neste particular, a concepção de prova admite a dupla face de **"instrumento de conhecimento"**, na proporção em que municia de informações fáticas e jurídicas o processo e de **"instrumento de persuasão"**, no instante em que os elementos de prova apresentam-se como ferramentas que moldam a convicção das razões de decidir do juiz. Correto seria então concluir, que a discussão sobre a prova produzida no processo em aquiescência com a lei, moral e bons costumes, que determinará os fundamentos da sentença judicial, seja ela declaratória, condenatória ou constitutiva de direitos ou deveres, a partir do convencimento ou não do juiz. Parece simples então. As partes do processo apresentam suas provas, o juiz as coloca em afinação com o ordenamento jurídico vigente e o produto dessa equação é a decisão do processo e assim se faz justiça. Contudo, a realidade dos fatos não é tão simplória assim. Conforme profetizou Montesquieu o juiz não é um mero proclamador das leis. Ao reverso. Onde a lei existe, e, é precisa, o juiz segue-a, onde ela não o é, o juiz procura o seu espírito.⁷ Ocorre que o magistrado é um ser humano, com qualidades e defeitos, vícios e virtudes, e os

⁶ De fato, como destacado por Luigi Ferrajoli, *in verbis*: "Seja que se trate de provas ou de indícios, a verdade das conclusões que podem ser induzidas de umas e outros é apenas uma verdade provável, sendo sempre possível que a conclusão da indução seja falsa, ainda que verdadeiros os enunciados nas premissas". In: FERROJOLI, Luigi (2002) *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. Tradução: Juarez Tavares. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. p. 108.

⁷ MONTESQUIEU, C. de S. (2000) *O espírito das Leis*. Tradução: Cristina Murachco. 2ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Martins Fontes. p.87.

protagonistas da lide não são apenas o acusado e as vítimas, mas a comunidade humana como um todo em conjunto (Fennol, 2013, pp.26/27). Encontrar o sentido íntimo da lei e formar o convencimento judicial, diante das limitações da pessoa do juiz e das complexidades dos inúmeros casos concretos, revela-se desafio sobre-humano, quase impossível. Para melhor aplicar o direito, socorre-se então o magistrado, da exegese das provas, em perseguição ao mais próximo da justiça, segundo a ética e a equidade. No liceu de Malatesta (1927, p. 54), a formação do convencimento do juiz não deve ser cega ou instintiva, nem exacerbadamente racional, mas sim, pautada no equilíbrio entre emoções e razão, considerada a realidade social do caso *sub judice*:

“O convencimento não deve ser, por outros termos, fundado em apreciações subjetivas do juiz; deve ser tal, que os factos e as provas submetidas ao seu juízo, se fôssem submetidas à apreciação desinteressada de qualquer outra pessoa racional, deveriam produzir, também nesta, a mesma convicção que produziram no juiz”.

Em idêntica linha conceitual, reverbera Roxin (2006, p. 134):

“O juiz penal não exerce a magistratura como representante da divindade, não se podendo permitir juízos éticos com mais caráter vinculante do que possuem as concepções morais do cidadão normal, juridicamente leigo.”

Objetivamente, o raciocínio dos citados doutrinadores conjuga a premissa de que o magistrado aprecia com liberdade a prova posta à sua frente, mas que não está completamente livre para decidir (de modo irresponsável e irrestrito, como os monarcas absolutistas de outrora), devendo tomar por base métodos de exame e conclusão da matéria probante que lhe for ofertada,⁸ em respeito à sociedade que o confiou a atilada missão

⁸ Ao estabelecer um paralelo entre as dimensões não-jurídicas do ato de julgar, ressalta CARVALHO que: “O julgamento judicial não é um modo estruturalmente diferente de usar o cérebro. Do mesmo modo que os hemisférios do córtex se comunicam, que as habilidades de cada hemisfério se completam, também o processo decisório judicial é rico em comunicações e percepções, vindas da Constituição, da lei, da jurisprudência, da prova dos autos, das máximas da experiência, das influências externas de ordens variadas (políticas, econômicas, sociais) etc.” Vide, PRADO, Geraldo; MARTINS, Rui Cunha; CARVALHO, Luiz Gustavo G. C. de (2012) *Decisão Judicial: A cultura jurídica brasileira na transição para a democracia*.

judicante. Na atualidade, toda a construção teórica-jurídica acerca da prova com o objetivo de moldar o convencimento das decisões judiciais é uma projeção da imperiosidade que o Estado-juiz tem de motivar suas manifestações, sob pena de nulidade, em atenção ao mandamento inserto no art. 93, IX, da CRFB (Misaka, 2014, p. 35).

Em mergulho mais profundo no tema, Fennol (2013, p. 24) explicita que a análise das provas do processo na formação do convencimento do magistrado é norteada, basicamente, em dois métodos: o indutivo e o dedutivo. Por indução o juiz parte de questões particulares até chegar a conclusões genéricas e, por essa via, definir onde a verdade.⁹ Em outra encosta, aplicando o sistema dedutivo o magistrado toma por base as premissas categóricas de uma ou de várias preposições, de onde extraí elementos para uma conclusão válida, identificando e distinguindo o correto do incorreto.

Via de regra, ambos os métodos compõem o contemporâneo meio de decidir o processo, compreendendo um conjunto de procedimentos empíricos, lógicos e intuitivos, pautados nas provas ínsitas ao processo, das quais o juiz é o destinatário primaz, para aplicação do direito ao caso concreto. Fecho encerrado por Taruffo (2009, pp.62/67), que finaliza:

“Dado é que a persuasão de um assunto sobre qualquer coisa é realmente um estado psicológico e nada mais, a prova pode ser qualquer coisa que tiver sido incluída na formação deste estado psicológico e tem valor na medida em que haja produzido esse efeito, e não por outras razões.”

Em arremate deste tópico, Amaral (2015, p. 31) une com laços fortes o conceito da prova aos seus objetivos, sob o lúmen de que prova está compreendida em tríplice valência: **atividade, meio e resultado**, na medida em que leciona que a definição de prova é uma construção tri-valente: atividade, meio e resultado. Enquanto ‘**atividade**’, a dilação probatória traduz-se no compêndio de ações levadas a efeito no interior do processo com escopo de redesenhar os fatos, que interessam tanto as pretensões das litigantes quanto à

Capítulo: *Estado de direito e decisão jurídica: as dimensões não-jurídicas do ato de julgar*. Madrid: Marcial Pons. p.89.

⁹ “Em concreto, para as novas epistemologias empiristas, o objetivo do conhecimento indutivo não é mais a busca de certezas absolutas, mas apenas do “alegado” ou hipótese válida, ou seja, apoiada por fatos que a tornam “provável”. É aí que reside a sua miséria, mas também a sua grandeza: se há restaurada a confiança na racionalidade empírica, renunciando a meta inatingível de certeza absoluta, se recupera, através do conceito de “probabilidade”, um elemento de objetividade.” In: GASCÓN ABELLÁN, Marina (2010) *Los hechos en el derecho – Bases argumentales de la prueba*. 3ª ed. Madrid: Marcial Pons. p.12.

resolução da própria lide. Na acepção de ‘**meio**’, a prova é ferramenta forjada a partir das fontes de prova com desiderato de influenciar o convencimento do magistrado acerca da matéria de fato e, assim, obter um provimento judicial fulcrado nesta prova. Na concepção de ‘**resultado**’, a prova pode ser vislumbrada como definição terminativa dos valores sopesados como mais importantes pelo julgador, a embasar sua sentença.

2.4 – CATALOGAÇÃO DE PROVAS: CLASSIFICAÇÕES

Variadas são as classificações das provas, disciplinadas pela doutrina, jurisprudência e até pela lei, em alguns textos normativos de outros países. Em atinência ao parâmetro utilizado, as classificações alternam-se. Vejamos: Se utilizarmos o **objeto** da prova como critério, as classificamos como **diretas** quando denotam *per si*, de modo autônomo, a certeza de um fato, como é o caso de uma carta de suicídio ou de uma cédula falsa, diversamente, das **indiretas**, na qual o elemento de prova evidencia um fato, a partir da constatação de outra circunstância, como ocorre com um **álibi**. Caso aquilatado o axioma da prova, ou seja, o seu **valor**, pode-se classificá-las em **plena**, dita aquela que é completa e capaz de formar juízo de convencimento do órgão julgador, ou ainda, **não plena**, a qual engendra apenas uma probabilidade de procedência do alegado (verossimilhança) verificada, à guisa de ilustração, nas medidas cautelares onde basta o *fumus boni iuris* (fumaça do bom direito) a embasar a decisão do magistrado, v. g., nas ordens judiciais de busca e apreensão, de prisões cautelares, de sequestro de bens e pessoas, etc. As provas podem ser ainda pessoais e reais, às primeiras vinculadas ao conhecimento de uma pessoa, por exemplo: testemunhos, opiniões periciais, dentre outras, e, às segundas, concretizadas em uma coisa ou bem díspar do indivíduo, a saber: o bem subtraído, a arma utilizada no delito, o lugar onde foi cometida a infração, etc. Por derradeiro, em razão da forma ou aparência, há basicamente três tipos de prova: documental, testemunhal e pericial, como veremos a seguir (Mirabete, 1997, pp.257/258).

2.4.1 - A prova documental

Em curtas linhas, documento é “**toda atestação escrita ou gravada de um fato**” (Câmara, 2004, p. 416), o que de plano externa o quão amplo é o conceito inicial, que abarca não só papéis e notas escritas, mas ainda desenhos, registros fotográficos, filmes cinematográficos, gravações de sons e equiparados.

Dessa representação deflui a definição da prova documental de Theodoro Jr (2011, p. 444) como sendo **“o resultado de uma obra humana que tenha por objetivo a fixação ou retratação material de algum acontecimento”**

Já em 1871, em exposição comparada dos princípios da prova em matéria criminal e nas suas aplicações diversas às leis brasileiras com o direito comparado da Alemanha, França e Inglaterra, Mittermayer (1871, p. 179) detalhou o cerne do conceito da prova documental, em diálogo instrutivo que merece destaque. Recorda-se:

“Ha certos factos cuja prova no processo criminal se prodüz perfeitamente por meio de titulos e documentos materiaes. Por estas palavras, designamos ao mesmo tempo todos os objectos inanimados (por opposição as testemunhas vivas e inteligentes), que por acaso vierem attestar a realidade de um acontecimento, e tão bem todos aquelles expressamente creados para prova-los.”

Em continuidade, o espelhamento jurídico cotejado por Mittermayer (1871, pp.180/181) infere que a prova documental no processo penal apresenta-se de **cinco** distintas formas: ora quando o crime resulta do próprio documento (a exemplo de documento falso); ou então do documento *sub examine* resulta a configuração de outro delito (como é o caso de um estelionato por cheque adulterado); ou ainda o documento é a prova de uma confissão expressa ou tácita de autoria delitiva (cite-se uma declaração de imposto de renda admitindo sonegação fiscal); em outras oportunidades, o documento contém testemunho ou registro que revela a materialidade e autoria infracional (tal qual o retrato-falado de um criminoso); e finalmente, nas situações em que o documento confirma um fato ou circunstância que pode concluir pela existência de um crime ou constatar a culpa de um acusado (*verbi gratia*, uma filmagem em câmera de vigilância que grava um assalto em via pública).

Todo documento, em si mesmo, perfaz um retrato de uma situação ou episódio, ou ainda, externa uma manifestação de vontade. Nesse particular, não há como negar o prestígio que esse tipo de prova possui, principalmente, quando autêntica e lícita.

Em igual raciocínio, não se pode olvidar que mesmo em documentos inidôneos remanesce a capacidade que estes têm de provar algo, ainda que parcialmente prejudicada a prova, pela mácula da ilegalidade ou ilegitimidade. Isto porque, mesmo eivados de

vícios, por muitas vezes, o conteúdo, a realidade e as ocorrências neles retratadas não podem ser ignoradas, em nome da justiça e do bom direito, tal qual ocorre numa gravação telefônica feita sem autorização judicial por uma vítima de estelionato, como prova do crime. Ainda que não tenha sido efetiva em estreita observância à lei, a gravação daquele áudio contém todos os elementos de prova do injusto levado a efeito,¹⁰ desprezá-la seria injustiça maior ainda.

2.4.2 - A prova testemunhal

No liceu de Foucault (1995, pp.31/32), detalha-se o primeiro testemunho do procedimento judiciário grego, registrado na obra *Ilíada*. *In casu*, retratou-se o desafio da verdade lançado por Menelau a Antíloco durante uma corrida de carros, em que Antíloco chega primeiro, porém Menelau o acusa de ter cometido uma irregularidade para tanto. Daí Menelau desafia **"Põe tua mão direita na testa do teu cavalo; segura com a mão esquerda teu chicote e jura diante de Zeus que não cometeste irregularidade"**. Antíloco, diante deste desafio que é uma prova (*épreuve*), renuncia à prova e fazendo isso reconhece que cometeu a irregularidade.

Na evolução das sociedades, o testemunho já fora considerado como moeda de credibilidade da versão dos fatos apresentada por alguém. Exemplifique-se o antigo direito da Borgonha do século XI, no qual a regra era que um acusado de homicídio podia estabelecer sua inocência ao reunir doze testemunhas que prometiam não ter ele cometido o assassinato (Foucault, 1995, p. 59).

Em tempo posterior, considerada a falibilidade e incredibilidade de alguns relatos, os depoimentos pessoais chegaram a ser taxados de prova questionável e insegura, diminuindo de forma considerável o seu valor em um Tribunal. Opinião colimada por Justino Silva e Silva (1998, p. 46): **"Das diversas modalidades probatórias, a prova testemunhal tem sido a mais questionada de todas, em razão da diversidade de fatores que podem contaminá-la."**

¹⁰ Em profícuo julgamento acerca do assunto, há muito decidiu a Excelsa Suprema Corte Brasileira, em memorável aresto: *HABEAS CORPUS*. PROVA. LICITUDE. GRAVAÇÃO DE TELEFONEMA POR INTERLOCUTOR. É lícita a gravação de conversa telefônica feita por um dos interlocutores, ou com sua autorização, sem ciência do outro, quando há investida criminosa deste último. É inconsistente e fere o senso comum falar-se em violação do direito à privacidade quando interlocutor grava diálogo com seqüestradores, estelionatários ou qualquer tipo de chantagista. Ordem indeferida. (STF - HC 75.338/RJ, Rel. Min. Nelson Jobim, DJ: 25/09/1998).

Entrementes, no direito atual, a prova testemunhal apresenta-se como espécie do gênero prova oral, a qual, na sua acepção ampla, comparece ao processo em diversos facetas, dentre elas: o interrogatório, a confissão, o depoimento de testemunhas e informantes, acareações e a delação premiada.

Dirigido ao acusado no processo penal, o interrogatório é o comparecimento do investigado ou réu, perante a autoridade policial ou judiciária, no qual o arguido é qualificado e cientificado do inteiro teor da acusação,¹¹ podendo permanecer em silêncio ou declinar a versão dos fatos que lhe aprouver.¹² Importante recordar que pelo princípio do *nemo tenetur se detegere* (ninguém é obrigado a autoincriminação) manter-se calado não deve ser interpretado em detrimento da defesa, pois o réu não é coagido a produzir prova contra si.¹³

Em via oposta, a confissão é a admissão expressa, livre (sem coação qualquer, seja ela física ou psíquica)¹⁴ e voluntária,¹⁵ pelo réu, da imputação criminal posta em seu desfavor. Pese embora não ser a confissão, na atualidade, a “rainha das provas” como vista outrora. Na legislação hodierna¹⁶ a confissão não constitui prova plena de responsabilidade criminal e ao juiz cumpre apreciá-la em cotejo ao conjunto probatório reunido ao processo,

¹¹ Vide Código de Processo Penal Brasileiro: “Art. 186. Depois de devidamente qualificado e cientificado do inteiro teor da acusação, o acusado será informado pelo juiz, antes de iniciar o interrogatório, do seu direito de permanecer calado e de não responder perguntas que lhe forem formuladas. Parágrafo único. O silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa.”

¹² Vide CRFB: “Art.5º, inciso LXIII: o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado;”

¹³ Em comentários ao Art.186, do CPPB, no que toca ao direito do acusado ou do indiciado ao silêncio, o jurista NUCCI, in Código de Processo Penal Comentado. Ob. Cit. p.397, arremata: “Se o Estado não atingiu meios determinantes para tanto, tornando imprescindível ouvir o réu para formar sua culpa é porque se encontra em nítido descompasso, que precisa ser consertado por outras vias, jamais podendo exigir que a ineficiência dos órgãos acusatórios seja suprida pela defesa.

¹⁴ Em balanço internacional acerca do uso de violência em relatos judiciais, KAI AMBOS, rechaça a tortura, em O Uso Transnacional da Prova Obtida por Meio de Tortura. Ano 4 - n. 20. Tradução: Saulo Lugon Moulin Lima. Vitória: Revista Panóptica - UFES. p.128, *verbis*: “A análise do direito dos tribunais penais internacionais demonstrou que a prova (supranacional) obtida por meio de tortura não deve ser admitida, uma que tal prova não é confiável e provocaria danos a integridade do processo(..). A *ratio* dessa regra é a não confiabilidade geral da prova obtida por tortura, seu caráter lesivo aos valores civilizados e seu efeito degradante sobre a administração da justiça.”

¹⁵ Como adverte ROXIN: “Durante o processo não se pode submeter o particular a nenhum trato que o prive da livre determinação das suas declarações: a lavagem de cérebro, o detector de mentiras, o soro da verdade, a hipnose, torturas, ameaças, etc., são certamente inadmissíveis para obter confissões, já que as reações provocadas através de tais meios não são manifestações da livre personalidade do arguido.” In: ROXIN, Claus (2004) Problemas Fundamentais de Direito Penal. Tradução: Ana Paula dos Santos Luís Natscheradetz. Lisboa: Vega. p.35.

¹⁶ Vide Código de Processo Penal Brasileiro: “Art. 197. O valor da confissão se aferirá pelos critérios adotados para os outros elementos de prova, e para a sua apreciação o juiz deverá confrontá-la com as demais provas do processo, verificando se entre ela e estas, existe compatibilidade ou concordância.”

para legitimar sua validade, situação que engendrará, inclusive atenuação da pena a ser imposta.¹⁷

Noutro giro, como colaborador do processo, aparece a figura do indivíduo que promete dizer a verdade sobre aquilo que lhe for perguntado por um juiz ou autoridade policial, entendidas pela lei como: testemunhas. Por entender indispensáveis, as testemunhas, no contencioso penal, Tourinho Filho (2013, p. 338), destaca:

“A prova testemunhal, sobretudo no Processo Penal, é de valor extraordinário, pois dificilmente, e só em hipóteses excepcionais, provam-se as infrações com outros elementos de prova. Em geral, as infrações penais só podem ser provadas, em juízo, por pessoas que assistiram ao fato ou dele tiveram conhecimento.”

A robustecer tal premissa, também se manifesta Silva (2016, p. 121), ao concluir:

“O objetivo da prova testemunhal é trazer ao processo dados de conhecimento que derivam da percepção sensorial daquele que é chamado a depor no processo.”

Preconiza os arts. 202 e 203, do Código de Processo Penal Brasileiro que toda pessoa poderá ser testemunha, com o compromisso prestado com a verdade. Não obstante, essa regra abarque as exceções daqueles que são dispensados de depor (o cônjuge, o ascendente, o descendente e os afins em linha reta do réu, que só podem ser obrigados a depor caso não seja possível, por outro modo, obter-se a prova) e as pessoas que são proibidas de depor (em razão de sigilo de função, ministério, ofício ou profissão). As demais pessoas que venham a depor, sem prestar compromisso com a verdade são denominadas informantes do Juízo ou ainda declarantes.

Caso conflitantes os depoimentos, podem ser realizadas acareações (Rocha, 1998, p. 90), entre as testemunhas, acerca dos pontos díspares das declarações produzidas, como forma de sanar dúvidas na formação da prova advinda daqueles relatos. Um verdadeiro

¹⁷ Orientação externada pela Súmula 545 do STJ: “Quando a confissão for utilizada para a formação do convencimento do julgador, o réu fará jus à atenuante prevista no art. 65, III, d, do Código Penal.”

encontro frente a frente, com fins de elucidar as incongruências manifestas sobre fatos que existam entre os depoimentos.

Por derradeiro, diante da necessidade de adoção de neófitos mecanismos ao combate à criminalidade, a legislação penal pátria¹⁸ incorporou em seus meandros o instituto da colaboração premiada no qual a inquirição do réu confesso, também se traveste de testemunho incriminador de outros participantes do mesmo fato criminoso (Anselmo, 2016, p.34), contribuindo diretamente para o esclarecimento daquele delito ou de outras infrações correlatas, relato que é “premiado” com a diminuição de reprimendas ou sanções penais que seriam impostas ao delator pelos crimes confessados.

Em feliz síntese do tema, comparece a lição de Rezende (2016, p. 224), *ad litteram*:

“Por intermédio de benesses concedidas ao investigado/acusado, a colaboração objetiva auxiliar o Estado na persecução criminal, permitindo a aplicação da justiça através da identificação dos demais coautores ou partícipes, bem como de outras infrações penais por eles praticadas; da revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa, acaso existente; da prevenção de infrações penais; da recuperação total ou parcial do proveito das infrações penais praticadas; e da localização de eventual vítima com a integridade física preservada”

2.4.3 - A prova pericial

Etimologicamente, o termo “perícia” significa, saber, capacidade, habilidade, ou característica, pressuposto que, com o tempo, findou por traduzir a atividade ou a investigação praticada por indivíduo detentor de experiências, conhecimento ou saber especializado, o perito.

¹⁸ Em múltipla e esparsa legislação penal Brasileira, encontra-se a delação premiada, a saber: a) Código Penal (art. 159, § 4º - extorsão mediante sequestro); b) Lei dos Crimes Hediondos (Lei nº 8.072/1990, art. 8º, parágrafo único); c) Lei sobre crimes contra a ordem tributária, econômica e as relações de consumo (Lei nº 8.137/1990, art. 16, parágrafo único); d) Lei de Combate ao Crime Organizado (Lei nº 12.850/2013, art. 4º); e) Lei de Proteção a Vítimas e Testemunhas (Lei nº 9.807/1999, arts. 13 e 14); f) Lei de Drogas (Lei nº 11.343/2006, art. 41); g) Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional (Lei nº 7.492/1986, § 2º, do art. 25); h) Lei da Ordem Econômica/Cade (Lei nº 8.884/1994, art. 35); i) Lei da Lavagem de Dinheiro (Lei nº 9.613/1998, §5º, do art.1º).

Neste aspecto, a prova obtida pela perícia criminal provém da interpretação científica de elementos vinculados ao delito, nas alternâncias compreensiva e axiológica dos meios probantes (Cavalcante, 1987, p. 7). Assim, o perito recorre a métodos científicos únicos na apreciação dos fatos, circunstâncias e elementos colocados à prova, sem necessariamente exigir-se do perito a descoberta dos fatos em si, mas sim a apreciação do fato diante do que se pretende comprovar (Silva, 2008, p. 210) no que resultará o Laudo ou Informe Pericial correspondente.

O labor da perícia debruça-se no que o direito norte-americano nomeia como evidência (*evidence*), que se apresenta, ao mesmo tempo, na figura de objeto de estudo científico e produto do trabalho de perícia, ambos voltados à formação da prova e ao embasamento dos processos judiciais respectivos.

Com elucidativas palavras sobre o assunto, afiança Nemeth (2011, p. 1):

“A evidência é o material da prova - manifestando verdade sobre fatos ou circunstâncias particulares. Do latim *"video"* ('ver') e seu qualificador preposicional, *"e"* ('fora de' ou 'de'), a evidência legal é a demonstração da realidade. Sem evidência, não há nenhuma prova; sem prova, os encargos não são cumpridos, e condenações, veredictos ou julgamentos são uma impossibilidade. A evidência é o que nos leva à verdade. É um pedaço de vida, um fato, uma coisa real tangível que elucida uma proposição. A evidência é a chave para as coisas como elas são. A evidência é o que vemos, tocamos, sentimos, conjecturamos e imaginamos. A evidência é derivada do raciocínio dedutivo, da inferência lógica e da suposição.”

De todas as provas que vêm ao bojo do processo, sem dúvida, a pericial é a que detém maior técnica e ciência na sua formulação, além de isenção de quem a produz, pois, o perito (por excelência, auxiliar do juízo) está distante das partes do processo e possui responsabilidade profissional pelo que conclui.

No entanto, em que pese produzida por um ou mais indivíduos de saberes destacados, a perícia também deve adequar-se às regras de licitude da produção da prova, sob o gravame de todo um trabalho científico perder sua aplicabilidade e força probantes, caso eivado de vícios ou nulidades. Situação temerária, considerando que essa modalidade

de prova, via de regra, tem sua produção demorada, criteriosa e imparcialmente balizada em parâmetros científicos, produto de qualidade ímpar, que merece melhor destino que o descarte puro e indiscriminado.

2.5 - ELEMENTOS DA PROVA: OBJETOS E MEIOS

A prova destina-se substancialmente à demonstração da verdade dos fatos, de acordo com o discutido na lide. Com esse escopo, o objeto da prova é aquilo que fundamentalmente o magistrado deva tomar conhecimento para tornar possível a solução ao litígio.

Em estreita análise sobre o **objeto** da prova, no Processo Penal Brasileiro, a lição de Mirabete (1997, p. 256) desvela:

“Objeto da prova é o que se deve demonstrar, ou seja, aquilo sobre o que o juiz deve adquirir o conhecimento necessário para resolver o litígio. Abrange, portanto, não só o fato criminoso e sua autoria, como todas as suas circunstâncias objetivas e subjetivas que possam influir na responsabilidade penal e na fixação da pena ou na imposição de medida de segurança (...). Ao contrário do que ocorre no processo civil, no processo penal não se exclui do objeto da prova o chamado fato incontroverso, aquele admitido pelas partes. O juiz penal não está obrigado a admitir que as partes contestes, uma vez que lhe é dado indagar sobre tudo o que lhe pareça dúvida e suspeito”.

Aliado a esse pensamento, Câmara (2004, p. 397) detalha de modo sólido que, diversamente do esposado pelas doutrinas primeiras, a respeito do objeto da prova, não são os fatos em si, o que se objeta com a prova, mas sim as alegações sobre os fatos, uma vez que **“as alegações podem ou não coincidir com a verdade, e o que se quer com a produção da prova é exatamente convencer o juiz de que uma determinada alegação é verdadeira.”**

O raciocínio funda-se no alicerce de que o objeto da prova tem cerne nos fatos relevantes e controvertidos, ou seja, naqueles dos quais os litigantes possam obter

resultados jurídicos favoráveis às suas pretensões e que tenham importância ao processo e à formação do convencimento do julgador (Câmara, 2004, pp. 404/409).

Como regra geral, estes são fatos jurígenos, que devem ser provados por cada parte do processo, de acordo com o ônus probante que a relação processual determinar, uma vez que na busca da verdade, ao fio e ao cabo, a balança penderá inexoravelmente para um dos lados. Com olhos centrados nesse horizonte, bem ressalta Pinho e Nascimento (2002, p. 194):

“Parte importante do processo é a prova. No processo, tudo depende da prova. Os fatos alegados em juízo não se presumem e deles só se convence o juiz por meio de prova. Quem melhores provas oferecer vence a demanda – é a regra. Pode a parte expor, com clareza e precisão, os fatos, encadeando-os logicamente e sustentando a tese aplicável à hipótese, mas no seu esforço de nada valerá se não conseguir provar cumpridamente os fatos relevantes, fundamento de sua pretensão. Daí a significação dos velhos brocardos: *qui probare non potest, nihil habet probare non posse et non esse, idem sunt*”.

Não obstante, nunca é demais recordar que na dogmática processual penal, o objeto da prova respeita a premissa precedente de que o encargo probante repousa sob os ombros da acusação, e, produzir prova para a defesa é uma faculdade (estratégia), nunca um fardo.

Saliente-se, por oportuno, a existência de fatos que diante de sua incontrovérsia ou notoriedade não necessitem ser provados,¹⁹ tais como: fatos axiomáticos ou intuitivos (inquestionáveis e incontestes, *verbi gratia*, a dispensa de exame interno de cadáver que tem causa morte evidente, como uma decapitação), fatos notórios (por todos conhecidos, como por exemplo que o ponto de ebulição da água é a cem graus celsius) e fatos presumidos - **“presumir é tornar como verdadeiro um fato, independentemente de prova, levando-se em conta aquilo que em geral acontece”** (Mirabete, 1997, p. 157).

¹⁹ Consta na obra de ARENDT que na Declaração da Independência dos Estados Unidos da América, Thomas Jefferson faz alusão aos fatos inquestionáveis que não necessitam de digressão probante, quando este afirma que “certas verdades são evidentes por si” porque desejava colocar fora do litígio e fora do debate a unanimidade fundamental dos homens da revolução; tal como os axiomas matemáticos, deveriam exprimir «crenças dos homens» que «não dependem da sua vontade, mas seguem involuntariamente a evidência proposta aos seus espíritos”. In: ARENDT, Hannah (1967) *Verdade e política*. Ob. Cit. p.17.

De maneira usual o objeto da prova volta-se aos fatos e não ao direito, com base na lógica jurígena *jura novit curia* (o juiz conhece do direito). Como exceção à regra, será necessário provar: a) leis estaduais e municipais; b) leis estrangeiras; c) normas administrativas; d) costumes.²⁰ No que pertine aos meios de prova, estes representam tudo aquilo que possa ser usado, direta ou indiretamente, para demonstração ao juiz de que é lícito, legítimo e verdadeiro aquilo que se alega no processo, ou seja, “**os recursos de percepção da verdade e formação do convencimento**” (Távora e Alencar, 2011, p. 361).

Observe-se, que, *prima facie*, a admissibilidade do meio de prova perfaz-se por exclusão: aquilo que não for proibido, ilegal ou imoral, nos termos do ordenamento jurídico nacional pode ser utilizado como mecanismo de produção de provas.²¹ Desta feita, em que pese a lei penal enumerar alguns meios de prova, à guisa de ilustração: as declarações do ofendido, a busca e apreensão, a interceptação telefônica, entre outros, o rol legal é apenas exemplificativo, não tendo o condão de restringir a liberdade na produção de provas, desde que não contrárias aos princípios e normas em vigor.²² Com efeito, além dos citados meios legais ou nominados (previstos em lei), outrossim, há os mecanismos de prova conhecidos como inominados (isto é, sem previsão específica na legislação, porém lícitos e moralmente legítimos).²³

²⁰ Vide CPCB: “Art. 376. A parte que alegar direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário provar-lhe-á o teor e a vigência, se assim o juiz determinar.”

²¹ Nesta perspectiva encontra-se o posicionamento do professor LENZA, a saber: “Esse sistema de liberdade de prova, que se afina com as aspirações do processo penal de busca da verdade real, é limitado, porém, pelo princípio da vedação da prova ilícita, que tem previsão constitucional. São também inadmissíveis, os meios de prova que, por sua natureza, não se prestam à finalidade almejada (demonstração da verdade de um fato ou circunstância), como aqueles que derivam de crenças não aceitas pela ciência (psicografia, ordálios, etc.), bem aqueles que afrontam a moral, como por exemplo, a reprodução simulada de um estupro.” *In*: REIS, Alexandre C. A.; GONÇALVES, Victor E. R. G.; LENZA, Pedro (2012) Direito Processual Penal Esquematizado. São Paulo: Saraiva. p.256.

²² Com minudente exegese, ALVIM destila o sumo da questão, ao proclamar que: “A fixação dos fatos no processo pode ocorrer através da sua reprodução objetiva, como o exame da coisa pelo perito ou pelo juiz; da sua representação, como a declaração de atos constantes de documentos; ou da sua reconstrução histórica, como os depoimentos de testemunhas”. Vide: ALVIM, José E. C. (2012) Teoria Geral do Processo. 15ª ed. Rio de Janeiro: Forense. p.218.

²³ No estudo de Chiovenda, ALVIM dissocia a prova em motivos, meios e procedimento, a saber: “Os **motivos de prova** são as alegações ou observações que determinam, imediatamente ou não, a convicção do juiz; como, por exemplo, a afirmação de um fato influente na causa, feita por uma testemunha presencial, ou a observação de um dano, pelo juiz, no local do evento. Os **meios de prova** são as fontes de onde o juiz extrai os motivos de prova, como, por exemplo, a pessoa da testemunha e o local inspecionado. O **procedimento probatório** é a atividade necessária que põe o juiz em comunicação com os meios de prova ou lhe permite verificar a atendibilidade de uma prova.” Vide: ALVIM, José E. C. (2012) Teoria Geral do Processo. Ob.Cit. p.227.

Ressalve-se, *a vol d’oiseau*, o que preconiza o insuperável Venosa (2003, p. 549), *verbis*:

“A utilidade de um direito mede-se pela possibilidade de que se dispõe para se realizar a prova de um fato. De nada adianta possuir um direito se não se tem os meios para prová-lo. Na verdade, o que se prova não é o Direito. Prova-se o fato relacionado com um direito. A demonstração da evidência em juízo é a finalidade elementar do processo na busca da verdade processual.”

Dizia Goethe: **“o olho é um produto da luz”** (Barreto, 1892, p. 18). O pensador com esse adágio intentava revelar diversas coisas, entre elas que não são os olhos quem enxergam o clarão, é a luz que faz com que a visão aconteça. Não há som, sem silêncio, nem olfato sem cheiro. Assim também se revelam os meios probantes, que trazem à baila as provas (luz, som e cheiro) que farão os sentidos inertes do magistrado (visão, audição e olfato) serem acionados para bem decidir a contenda.

Em contornos conclusivos do assunto, soergue-se o doutrinamento de Malatesta (1927, p. 49), do qual se extraí, trecho relevante, *verbis*:

“Em suma, a prova tem um objecto e um sujeito. O objecto da prova concreta em matéria criminal é a individualidade criminosa que se quer provar; o sujeito da prova são a coisa e a pessoa que fazem a prova. Sendo o delito concreto, ou individualidade criminosa, se assim se lhe quiser chamar, variabilíssimo, resulta que a prova tem um objecto variabilíssimo em matéria criminal. A coisa e a pessoa que constituem a prova são por sua vez também realidades contingentes e variáveis até ao infinito na sua individualidade; resulta daqui que o sujeito da prova em matéria criminal também é, em concreto, variabilíssimo. ”

2.6 - O ENCARGO PROBATÓRIO

Consoante abordado em tópicos anteriores, os albores das leis reguladoras da vida comum objetavam na prova um peso, uma responsabilidade, um ônus de quem pretendia ter vencedora a sua vontade perante o Estado-juiz. Não por acaso, o direito romano imputava o gravame probatório àqueles que buscavam o Judiciário como condição cogente para serem atendidos, sentimento condensado nos brocardos latinos *Allegare nihil, et allegatum non probare paria sunt; Probare oportet, non sufficit dicere; e, Allegatio et nom probatio, quasi non allegatio*.²⁴ Com o passar dos séculos, o direito instrumental progrediu juntamente com a sociedade para constituir toda uma doutrina de provas, esqueleto de lides judiciais e verdadeira argamassa na qual se alicerçariam os processos disciplinadores dos interesses públicos e dos particulares.

Como bem sublinhado por Chiovenda (1922, p. 120), habitam no direito processual as regras das ações judiciais, os direitos e deveres dos organismos de governo e das partes no processo, ressaltados, principalmente, os efeitos dos atos por eles praticados e seus significados em um processo judicial, **“incluindo os princípios de acção, o ônus da prova, admissibilidade da mesma e o valor probatório das provas”**

A evolução da processualística legal da composição das provas na justiça, enxergou a necessidade de dividir o assunto em dois ramos interligados, porém díspares, a saber: o direito processual civil e o direito processual penal.²⁵

Dentre as inúmeras distinções entre ambos, ressalta-se que, no domínio do contencioso privado, cumpre ao juiz presidir a concepção das provas, delimitar o tempo e a forma do que se pretende provar e ainda qual das partes da lide civil deve provar, o quê. Com esse pensamento, ainda que as partes nada comprovem ao julgador, incumbe a ele o dever de decidir em prol de alguma delas, não podendo furtar-se a sentenciar.

²⁴ Em tradução livre do latim, respectivamente: Alegar e não provar o alegado, importa nada alegar. Provar é o que interessa, não bastando só alegar. Quem alega e não prova, faria melhor se estivesse calado.

²⁵ Sem embargo, o processualista Leonardo GRECO, ressalta que as funções da prova devem ser cumpridas “igualmente no processo civil e no processo penal, não obstante peculiaridades procedimentais de um ou de outro. Aliás, a prova não é um instituto exclusivo do mundo do Direito, mas instrumento de reconstrução racional dos fatos utilizado pelo saber humano em todas as suas formas.” In: GRECO, Leonardo (2003) *O conceito de prova*. Campos: Revista da Faculdade de Direito de Campos, Ano IV, Nº4. p.259.

Pintado com traços fortes, o compêndio de Câmara (2004, pp. 399/401) ensina:

“O estudo do *onus probandi* no direito processual, comporta a divisão em duas partes: subjetiva e objetiva. Enquanto no terreno subjetivo se busca a resposta ao questionamento “quem deve provar o que? ”, no campo objetivo residem as regras de julgamento dirigidas ao Estado-julgador do que restou provado pelas partes do processo, visão ligada à premissa do *non liquet*, isto é, de que o juiz não pode se eximir de decidir em qualquer situação, devendo entregar a sua prestação jurisdicional com base no que existir no processo, ainda que carente ou deficiente de provas. ”

A esta maneira de conceber o desenvolvimento da prova, no processo civil, a doutrina cataloga como distribuição do *onus probandi*. Mecanismo utilizado pela legislação adjetiva civil como meio de moldar o convencimento do julgador, nos limites daquilo que for produzido e provado pelos litigantes, sob o primado da regra milenar: *secundum allegata et probata iudex judicare debet*.²⁶ Com passos diferentes, caminha o processo, no direito penal. O magistrado criminal mostra-se extraordinariamente sensível à ponderação dos valores e dos bens em conflito (Costa, 2003, p. 770) e por isso adota como regra de julgamento a presunção de inocência do acusado²⁷ com a carga externa da prova apostada sob os ombros do Estado-processante. Sinteticamente, na lide penal, o encargo da prova pende em uma única direção: a do acusador, a quem cumpre a responsabilidade pela comprovação do delito consumado ou da criminalidade em curso,²⁸ se assim almejar a

²⁶ Em tradução livre do latim: o juiz deve julgar segundo o alegado e provado

²⁷ DENTI, Vittorio (1984) *Il Ruolo del Giudice nel Processo Civile: Rilievi di Diritto Comparato*. Milano: Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile. Giuffrè. p.1881, verbis: “Se si considera che il modello effettivo di processo “inquisitorio” resta, in quei sistemi, il processo penale, al quale, infatti, è estraneo il principio dell’onere della prova (cui subentra, come regola di giudizio, la c.d. presunzione di innocenza dell'imputato), è agevole comprendere l'esigenza di non confondere la limitata collaborazione del giudice nella ricerca della verità col carattere “inquisitorio”, in senso proprio, del processo.”

²⁸ ZAFFARONI, Eugenio R. (1998) *En Busca De Las Penas Perdidas*. 2º Reimpressão. Buenos Aires: EDIAR – ANOTAÇÕES. p.120, verbis: “La responsabilidad por la criminalización (o por la continuación e a criminalización en curso) corresponde exclusivamente a la agencia judicial y ésta debe asumirla una vez que se ha comprobado la presencia de los requisitos objetivados (o del objeto), en los casos en que el poder selectivo arbitrario del sistema penal somete a su decisión.”

condenação do réu, a partir de elementos e requisitos objetivos previstos no direito em vigor.

Em tópicos dialogantes que surgem como farol iluminador nas águas turvas do direito processual, comparece o magistério de Giacomolli (2014, pp.96/97), que assevera:

“O encargo probatório da acusação não se reduz à demonstração da autoria e da existência do fato, mas de toda a dimensão jurídica, ou seja, de todos os elementos do crime (objetivos e subjetivos) e das circunstâncias conformadoras da imputação, bem como da espécie da sanção e quantidade de pena. Para tanto, o afastamento do estado de inocência exige demonstração suficiente, mormente na perspectiva qualitativa. Em razão o estado de inocência, o STF não adquire a inversão do ônus da prova, o qual incumbe à acusação, interpretando-se *pro reo* a ausência de provas (HC 103.225, rel. Min. Joaquim Barbosa, de 2011).”

Parte da doutrina, ressalte-se, nega que no direito processual criminal exista a figura do ônus probatório, por ser premissa exclusiva das contendas civis, nas quais o litigante fornece a prova que lhe é mais favorável, buscando vencer a pretensão resistida *ex adversa*.

Na eloquente voz de Fennol (2016, p. 10), essa ideia é estranha ao processo penal, pois o arguido não tem o dever de fornecer qualquer prova e nem o acusador também tem essa obrigação, considerando que tanto o Ministério Público como o Judiciário estão adstritos aos princípios do dispositivo, da legalidade e da objetividade no escopo de trazer à baila a realidade no cenário do crime em julgamento, não existindo, com efeito, o fardo de provar qualquer coisa, mas sim a obrigação implantar uma atividade de prova no processo que serve para a realidade. Condenação ou absolvição, surgirão a partir disso, devendo, inclusive o acusador manifestar-se pela absolvição se a lei penal recomendar essa solução ao caso (como ocorre nas excludentes de ilicitude, *verbi gratia*).

Na mesma toada, adverte Ferrajoli (2012, p. 113) ao dizer que a temática do encargo da prova penal se desdobra no questionamento acerca de quais provas são necessárias à formação de um juízo de condenação, em face da presunção de inocência e liberdade de convicção dos magistrados ao decidir. Ressalte-se:

"A dissolução moderna do ônus da prova à sombra da fórmula vazia da íntima ou livre convicção do juiz depende, contudo, ainda mais do que dessa alteração institucional da estrutura do processo, da falta de elaboração de uma adequada teoria da prova e da convicção indutiva. Esta carência não pode ser suprida pela qualificação da convicção requerida como "racional" ou "argumentada" (61) ou da prova como "certa", "firme", "estrita", "provada" ou com outros adjetivos similares, que não acrescentam nada aos substantivos. (62) Em todos os casos, com efeito, se se interpretara "convicção" do juiz não simplesmente como "insuficiência" da única prova legal, mas também como critério positivo de valoração que substitui o tipo de prova, corre-se o risco de que o raciocínio probatório incorra em uma petição de princípio, que remete à potestade do juiz e de que o ônus da provas e configure também circularmente, como encargo de aduzir as provas consideradas como tais por quem tem o poder de valorá-las e talvez de coletá-las. Isso quer dizer que a fórmula da livre convicção não encerra, mas abre o problema da identificação das condições probatórias que justificam a convicção, isto é, da definição não-legal, mas epistemológica do conceito de "prova adequada" ou, como se queira, "convincente".

A questão toma relevo quando sublinhada a letra de lei instrumental penal, no art.156, do Código de Processo Penal Brasileiro,²⁹ que aparentemente mantém no ordenamento jurídico pátrio, a distribuição do encargo da prova das alegações entre acusador e réu, dentro do processo criminal. Todavia, tal preceito legal deve ser examinado em conformidade com o princípio constitucional da presunção de inocência,³⁰ vetor da produção de provas no bojo dos processos penais, eis que seria controverso imputar o dever de provar algo, ao acusado que inicia o processo inocente.

²⁹ “Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício.” (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008).

³⁰ “Art. 5º - LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;”

Levando a efeito a necessária adequação do CPPB à Magna Carta Brasileira, os juristas nacionais compreendem o ônus da prova no processo criminal como uma responsabilidade do arguido, na demonstração da verdade dos fatos alegados,³¹ em seu favor, de forma que, não o fazendo, poderá experimentar uma sentença desfavorável (Nucci, 2011, p. 26), sendo que essa seria apenas uma opção ou estratégia de defesa, em optar por provar a dúvida em contrapartida à prova apresentada pela acusação (Amaral, 2014, p. 416), porém em nenhuma hipótese isso possa significar a transferência do gravame probatório do órgão da acusação, a quem, diante da presumida inocência, subsiste a responsabilidade da prova quanto à materialidade do fato e sua autoria³².

Não exaurindo o tema, se abordará, em imersão abissal, a presunção da inocência em paralelo à prova em direito criminal, no tomo a seguir.

2.7 - A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E A PROVA EM DIREITO CRIMINAL

Originalmente, na história do homem, a inocência foi tomada como um estado de pureza absoluta. A leitura tem gênese ideológica-religiosa traduzida no pensar que as pessoas ao nascer, alcançam o mundo inocentes, e essa condição persiste em sua existência até a morte quando, no sentido cristão, chega-se ao purgatório para redimir os pecados que os tornaram culpados por suas ações impuras praticadas em vida. Ao aplicar esta ideia no direito, notadamente às regras penais, apenas o julgamento pode alterar o estado de inocência. E assim, quando o juiz **absolve**, declara e confirma o estado de inocência; enquanto que a **condenação** altera essa condição porque ela provoca um novo *status* jurídico.

Se a bússola do direito aponta nessa direção, então é válido dizer que a inocência é o norte processual para que o magnetismo jurídico criminal aponta, uma verdadeira noção prévia sobre toda situação de direito dos acusados, que devem, *prima facie*, ser tidos como inocentes, porque dessa maneira, sempre chegarão frente à Justiça (Barbosa, 1991, p.

³¹ Como bem observa a doutrina no caso do alibi, em que é do réu o dever de comprovar que estava em local diverso do lugar do delito no momento de sua consumação, *verbis*: “essa regra não pode levar a acusação da isenção de demonstrar o que lhe compete, isto é, ainda que o réu afirme ter estado, na época do crime, em outra cidade, por exemplo, tendo interesse em produzir prova cabível, tal situação jamais afastará o encargo da parte acusatória de demonstrar ao juiz a materialidade e autoria da infração penal.” NUCCI, Guilherme de S. (2007) Código de Processo Penal Comentado. Ob.Cit. p.350.

³² No sábio vernáculo do mestre PEREIRA, Eliomar (2010) in, Teoria da Investigação Criminal. São Paulo: Almedina Brasil. p. 287: “A questão da autoria do crime é um dos problemas probatórios mais complexos da investigação. Uma vez demonstrado o crime (que em geral, segundo o estágio de nossa ciência, pode-se dizer devidamente provado), cumpre à investigação concluir e explicar porque determinado sujeito, e não outro, é seu autor.”

36). Daí a razão pela qual o estado de inocência se presume, eis que é **“concepção anterior a qualquer experiência, ideia inata”** (Hoeppner, 2007, p. 483) de todos os seres humanos.

Centrado nesse prumo, a nobreza da inocência presumida teve seu reconhecimento em ordenamentos jurídicos internacionais de relevo, tais como: A Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) que dispõe no seu item 11, que: **“Toda a pessoa acusada de um ato delituoso tem o direito de ser presumida inocente enquanto não for comprovada sua culpa de acordo com a lei, em julgamento público no qual eles estão satisfeitos todas as garantias necessárias à sua defesa”**; O Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos (1966), no artigo 14.2, que diz: **“Toda a pessoa acusada de um ato delituoso tem o direito de ser presumida inocente até que a sua culpabilidade conforme a lei estar provada”**; e, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1969) que, no artigo 8º, consagra: **“Toda pessoa acusada de um delito tem o direito de ser presumida inocente enquanto não é culpado de acordo com a lei”**.

Desde então, vem se discutindo qual o verdadeiro significado e alcance da presunção de inocência e até onde sua aplicabilidade influência nos demais repositórios normativos.

No interior dos diplomas legais do mundo ocidental, a presunção de inocência, via de regra, é alçada ao patamar tanto de princípio constitucional como de garantia individual do cidadão, a exemplo da Magna Carta Brasileira, que diz no inciso LVII, do artigo 5º: **“ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”**.

Na visão de longo alcance do professor Valente (2014, p. 249), o arquétipo da inocência presumida está contido no princípio da liberdade dos cidadãos, bandeira a ser arvorada aos acusados em geral, pois somente a prioridade da liberdade **“ancorada em razões de justiça e de respeito pelos demais princípios de direitos humanos, pode possibilitar a concretização de democracia constitucional”**

A questão que parte da sociedade ainda levanta é a de que tendo a liberdade como regra, reafirmada na presunção de inocência, não tornaria a busca pela segurança da coletividade, uma exceção. Contudo, a inocência presumida dos indivíduos e a segurança do coletivo social, não são princípios estatais indissociáveis ou excludentes. Não há disputa entre ambos. São dialéticas que se completam. Como bem talhado por Ávila (2014, p. 152):

“Se os princípios dizem respeito a diferentes aspectos da atuação estatal, a relação entre eles não é de concorrência, mas de complementação. Metaforicamente eles não se ‘ombream’ uns com os outros, mas se ‘imbricam’ em relações diversas de forma-conteúdo e gênero-espécie”.

Por sua vez, Ferrajoli (2002, p. 852) destaca que a não-culpabilidade é **“princípio fundamental de civilidade que representa o fruto de uma opção garantista a favor da tutela da imunidade dos inocentes, ainda que ao custo da impunidade de algum culpado”**. Isto porque as premissas de liberdade e segurança da sociedade não prevalecem umas sobre as outras, mas se auto-ajustam, para que **“por um lado não se institua um Estado de polícia, e, por outro, não se crie ou promova uma anarquia, de modo que se construa uma sociedade mais justa, mais livre e mais solidária.”** (Valente, 2014, pp. 89/90).

Idêntico raciocínio deve ser redigido na relação do princípio da presunção da inocência com as demais premissas do constitucionalismo e garantismo democrático erigidas em nome da paz social, até porque como sublinhado por Valente (2014, p. 34), a prevenção criminal:

“não é tarefa exclusiva do Estado, mas é, no essencial desenvolvida por aqueles que são o seu rosto: é uma missão de todos os cidadãos na prolação de políticas integrantes da política criminal e fundamentais para a incrementação de uma verdadeira acção preventiva e, em *ultima e extrema ratio*, de uma acção repressiva (material e processual)”.

Com efeito, o papel da presunção da não-culpabilidade, como garantia do cidadão, exterioriza-se em todos os instantes em que a responsabilização criminal e o uso do direito penal podem ser opostos contra o indivíduo.

Antes mesmo da existência de uma acusação ou processo, por força da premissa em enfoque, há que se assegurar, em prol do possível sujeito ativo, a certeza de não será imputada a culpa do desvio, inopinadamente. A presunção de inocência torna factível então a sobrevivência de todas as demais lógicas pré-processuais que limitam o direito penal

como *ultima e extrema ratio*, posto que somente o olhar não-incriminador ao indivíduo, quem obsta o uso indiscriminado das leis penais contra o cidadão. Nesse particular, o Garantismo significa a existência de normas processuais penais que possibilitem ao inocente provar a sua inocência ou a justificação ou exculpação do seu comportamento. **“O direito penal do cidadão exige que se olhe o Direito Processual Penal como o direito por excelência dos inocentes”**, (Valente, 2010, p. 49).

Este entendimento obriga o Estado a considerar, de modo prévio, todos os acusados como inocentes, ou seja, **“o sujeito não pode ser tratado como culpado ou sofrer restrições em direitos que pessoas inocentes não podem sofrer”** (Machado, Junqueira e Fuller, 2006, p.17). Na tradução do direito penal humanista **“a defesa do que é acusado ou indiciado e que seja, em efectivo, reconhecido ao cidadão o direito de presunção de inocência até o trânsito em julgado”** (Valente, 2010, p. 47).

De igual modo, mesmo após instaurado procedimento penal em desfavor de alguém, a presunção da inocência age de modo transparente em quatro diferentes valências. Primeiro, é ela quem torna possível a condução da lide criminal com respeito ao devido processo legal, a ampla defesa, o contraditório e todos os demais direitos dos acusados em geral, eis que garante a formação de um sistema acusatório sem vícios e pautado na certeza de que só será responsabilizado aquele que tiver contra si, provas suficientes à formação de um juízo condenatório sólido. Na origem da formação de provas.³³

Por conseguinte, a inocência presumida subtrai do réu, na constância da demanda criminal, o dever de provar qualquer responsabilidade penal contra si acoimada. Esse ônus é todo de quem acusa. Haja vista que (Rangel, 2011, p. 121) na forma em que é concebido o sistema acusatório, ancorado na premissa constitucional da ampla defesa, não cumpre ao réu demonstrar sua inocência, mas sim ao órgão acusatório provar que existe culpa.

Noutro giro, a presunção de inocência desdobra-se no princípio do *in dubio pro reo*, premissa processual de que a incerteza probatória à condenação favorece a defesa, transladando a presumida inocência, em absolvição no caso de dúvida razoável. Em afortunada síntese do tema, o jurista brasileiro, Badaró (2013, p. 262) arremata que:

³³ HENRION, Hervé (2004). *La nature juridique de la présomption d'innocence*. Thèse de doctorat em Droit privé. Montpellier: Université de la Sarre. p.01-02. “A presunção de inocência tornou-se um princípio de alicerce do direito subjetivo de defesa garantindo uma esfera de liberdade para o indivíduo em questão, que não pode ser degradada pelos estados objetivos de julgamento do processo ou da busca da verdade.” Do Original em francês: “*la présomption d'innocence est devenue un principe support d'un droit subjectif défensif garantissant une sphère de liberté à l'individu mis en cause qui ne peut être dégradé à l'état d'objet du procès ou de la recherche de la vérité.*”

“Por fim, não se pode confundir o ônus da prova com o interesse em provar determinado fato. O acusado não tem o ônus de provar a existência da excludente de ilicitude, nem mesmo o ônus de gerar a dúvida, mas tem o interesse em provar a sua ocorrência. Se o acusado, embora interessado em provar plenamente a ocorrência de excludente, não consegue levar ao juiz a certeza de sua ocorrência, mesmo assim, se surgir a dúvida sobre sua ocorrência, sua consequência será, a absolvição.” ³⁴

Em última vertente, como reafirma o magistério português de Alves (2012, p. 26), numa conjugação às ideias processuais acima explanadas, a presumida inocência obriga o Judiciário a fundamentar as suas decisões em prejuízo do acusado, que só pode ser penalizado, se alguma responsabilização criminal justificada estiver contida nas ordens judiciais em seu desfavor, na medida em que o Judiciário valora axiológica e racionalmente a prova levada aos autos do processo.

Pensamento compartilhado, na magnífica voz do jurista Ibañes (2005, pp.70/71), recorda-se:

“Conclui-se que o princípio de presunção de inocência como regra de juízo deve ser compreendido no âmbito de um regime de garantias de transcendência imediatamente epistemológica, cujo elementos estruturais básicos são constitucionalmente erigidos à categoria de direitos fundamentais de natureza processual: ônus probandi pela acusação, contraditório, ampla defesa, decisão judicial imparcial e motivada. Só quando tais direitos ou garantias são respeitados efetivamente no processo

³⁴ Na mesma linha, a doutrina espanhola é pródiga no assunto, asseverando que na voz de VALLEJO, Manuel J. (2015) *Los principios de la prueba en el proceso penal español*. Las Palmas: Universidade de Gran Canaria-Espanha. p.07. *verbis*: “A presunção de inocência opera no domínio do processo penal, como direito do acusado a não ser condenado, a menos que sua culpa tenha sido estabelecida, mais além de uma dúvida razoável, em testes cercados de todos os cuidados e obtidas todas as garantias.” Tradução livre do original em espanhol: “*la presunción de inocencia opera, en el ámbito del proceso penal, como derecho del acusado a no sufrir una condena a menos que su culpabilidad haya quedado establecida, más allá de toda duda razonable, en virtud de pruebas que puedan considerarse de cargo y obtenidas con todas las garantías*”.

penal, pode-se então afirmar que os pressupostos jurídicos e cognoscitivos do juízo justo e da legitimidade da decisão judicial foram satisfeitos”.

Com olhos nas múltiplas facetas de aplicabilidade da presunção de inocência, vê-se, em todas elas, a necessidade de cristalização e fortalecimento deste instituto, a bem de garantir um processo penal justo e conferir um tratamento aos acusados compatível com o direito penal do cidadão, e ao mesmo tempo propiciar **“um amplo espectro de garantias processuais que beneficiam o acusado durante as investigações”**, contudo, **“sem impedir que o Estado cumpra sua missão de investigar e punir os criminosos, fazendo uso de todos os instrumentos da persecução penal previstos em lei.”** (Sarmiento, 2008, pp.242/243).

Nesse escopo libertário, o direito de ser presumido inocente exhibe sua virtualidade principalmente no campo processual, com influência decisiva sobre o sistema acusatório penal. A partir deste ponto de vista, a presunção de inocência significa que mesmo antes de serem processados, os acusados têm a seu favor, a premissa de não-culpabilidade, e caso virem réus, o ônus da prova criminal paira sobre os acusadores,³⁵ devendo ainda toda e qualquer sentença ou decisão judicial ser sempre precedida por uma atividade probatória, impedindo a convicção sem prova e a condenação sem lastro.

A discussão da temática se desdobra no que tange às prisões cautelares, decretadas durante a instrução de lides penais ainda pendentes de decisão definitiva, o que na visão de alguns, provocaria ofensa aos direitos e garantias individuais, e, via de consequência, violação à inocência presumida.

³⁵ Impende ressaltar a excepcionalidade dos remédios constitucionais (habeas corpus e mandado de segurança) utilizados no âmbito penal onde a prova pré-constituída é realizada pela defesa, conforme prefalado por GRINOVER, in GRINOVER, Ada P.; GOMES FILHO, Antônio M.; FERNANDES, Antônio S. (2005) *Recursos no Processo Penal: teoria geral dos recursos; recursos em espécie; ações de impugnação e reclamação nos tribunais*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. p.379, in litteris: “De regra, a inicial deve vir acompanhada de prova documental pré-constituída, que propicie o exame, pelo juiz ou tribunal, dos fatos caracterizadores do constrangimento ou ameaça, bem como de sua ilegalidade, pois ao impetrante incumbe o ônus da prova”. E, na mesma ordem de ideias, a Revisão Criminal, na qual o encargo da prova muda de lado, vide AUFIERO, Aniello (2014) *Teoria e Prática do Processo Penal*. 2ª ed. Manaus: Editora Aufiero. pp.538/539, in verbis: “Ação de Revisão Criminal é uma ação penal de competência originária dos tribunais, como objetivo de desfazer a sentença condenatória transitada em julgado ou acórdão, a qualquer tempo, para absolver o acusado, anular o processo ou modificar a pena. (...) No processo penal o ônus da prova cabe à acusação. Todavia, na revisão criminal o ônus probandi cabe ao autor, ou seja, ao condenado.”

Sobre o assunto, recente julgado do Suprema Corte Brasileira admitiu a prisão de réus condenados em segunda instância julgadora,³⁶ como instrumento de garantia dos processos (em nome da celeridade processual) e como meio de assegurar a efetividade dos julgados (em limitação ao duplo grau jurisdicional) especificamente no que atine à liberdade dos acusados condenados por Tribunais Colegiados e com pano de fundo fático de atenção aos clamores da coletividade, insatisfeita com o sentimento de impunidade que os alongados recursos judiciais causavam, mantendo até réus confessos em liberdade enquanto não transitassem em julgado os seus processos.

Com esse pensamento o Judiciário Brasileiro dissociou a questão das prisões provisórias da necessidade de transito em julgado das contendas penais, sem que para isso fosse maculada a premissa da presunção de inocência, tal qual detalha o ensinamento de Rangel (2011, p. 47), que relembra que **“A decretação de prisão antes da sentença penal condenatória em nada fere o disposto no art. 5º, LVII, da CRFB, pois a Constituição não quis acabar com o processo penal cautelar. Muito pelo contrário, manteve-o.”**³⁷

Ao fio e ao cabo, o princípio de inocência é um direito do acusado, mas nunca uma franquia para sua absolvição. Talvez esse seja o engano de parte da sociedade, que teme a inocência presumida. Entretanto, não há razão para o medo ou a desconfiança no instituto. Ao contrário. É da presunção de não-culpabilidade que a defesa de toda a coletividade se fortalece. Com mira nessa lógica, os aparelhos policiais, acusatórios e judiciais são compelidos a se aperfeiçoar e é no fogo pulsante da inocência prévia que todos os demais direitos e garantias individuais são forjados, em prol de todos, indistintamente.

2.8 - OS LIMITES AXIOLÓGICOS AOS NOVOS MEIOS DE CONSECUÇÃO DA PROVA PENAL

A evolução do combate à criminalidade deu gênese a novos modelos e mecanismos de investigação em resposta a escalada da violência que assola o mundo

³⁶ Vide julgado do STF, no acórdão do HC 126.292/SP, de 17/02/2016, que finca no extrato da ementa do decisório de relatoria do Ministro Teori Zavascki, *verbis*: “CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. 1. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal. 2. Habeas corpus denegado.”

³⁷ Circunstância há muito pacificada por entendimento sumular do STJ. Veja-se: “*Súmula nº 9 - A exigência da prisão provisória, para apelar, não ofende a garantia constitucional da presunção de inocência.*”

globalizado. Em contrapartida, a todo tempo que novos instrumentos investigativos são efetivados corre a sociedade o risco de ter suas liberdades e garantias diminuídas sob o argumento de que o crime deve ser debelado a qualquer custo, contrariando a lógica de que o direito penal deve ser sempre a *ultima et extrema ratio*. Neste contexto, comparecem os limites axiológicos das novas técnicas e meios de investigação, impondo uma indispensável ponderação de valores que vão definir o que é mais importante para a vida humana e, em última instância, orientar as condutas dentro e fora da realidade penal, para distinguir o válido do inválido, o lícito do ilícito, o legítimo do ilegítimo.

Pese embora saber-se que o assunto debatido é de extensa e gigantesca amplitude fática e jurídica, neste tópico pretende-se enunciar os principais aspectos que permeiam a valoração das neófitas medidas investigativas criminais, delimitando-as e funcionando como contraponto e meio de equilíbrio, em nome da preservação da ordem normativa vigente e no interesse da sociedade e da verdade, aspirados pelo direito e pela justiça.

Conforme consta na legislação atual, a investigação criminal avançada está compreendida na matriz teórica da investigação criminal geral, definida por Hans Gross (1998, p. 24) como **“o conjunto de teorias que se referem ao esclarecimento dos casos criminais”**, ou, como teoria da técnica de execução dos crimes ou dos fenômenos de realização dos atos criminosos, que correspondem à fenomenologia criminal e que cuida, outrossim, do estudo dos métodos práticos de investigação.

Normalmente revestidos da cariz de inteligência policial, os novos mecanismos de investigação, via de regra, inserem-se na categoria dos métodos ocultos de investigar, ou seja, aquelas modalidades que toleram a recolha de prova sem que quem a fornece perceba que está a auto incriminar-se de forma “inconsciente”. Sem intenções de exaustividade, pode-se apontar como meios ocultos de investigação: as escutas e interceptações telefônicas e ambientais, as ações encobertas e infiltração de agentes, a videovigilância, a entrega vigiada e a ação controlada.

A proliferação dos meios ocultos de investigação e ações de inteligência policial vem sendo justificada pelo crescimento da criminalidade organizada e pela complexidade dos delitos praticados, onde os métodos de investigação “tradicionais” não seriam capazes de alcançar tais ilícitos. Entretanto, consoante ressaltado por Prado (2014, p. 59), é neste panorama tenso que coloca em confronto a liberdade e a segurança, sob a retórica do risco, que **“os Estados produzem normativas que acossam os direitos fundamentais visando ampliar os recursos à disposição da repressão penal.”**

Nesse contexto, assume grande importância o estudo da axiologia para saber que o valor é o grande norteador dos comportamentos e escolhas humanas, uma vez que toda conduta do homem visa à concretização de valores. Também, por isso, para o Direito, o estudo do valor é imprescindível, porque a norma jurídica nada mais é que a realização e solidificação de um valor.

Na seara jurídica investigativa, que objetiva a formação de elementos probantes ao processo penal, a valoração é ato de apreensão intelectual dos elementos de prova, com fins de balizar os limites de validade e licitude da prova e dos mecanismos que a produziram ou a revelaram. Importante ressaltar que a prova proveniente da atividade investigatória permite pautar uma coexistência entre os interesses da sociedade e os interesses da verdade, caso contrário, como salientado por Foriers (1981, p. 111), **“a atividade processual correria o risco de transformar-se em fator de desagregação social.”**

Na lição de Célio Santos, observa-se que a investigação criminal encontra variadas limitações na busca e coleta de dados do mundo fenomênico, de ordem política e ética, **“são as denominadas regras contra-epistemológicas ou limitações à busca da verdade”**, em regras definidas no Código de Processo Penal Brasileiro no âmbito do Direito Probatório, mas sobretudo constantes no regramento constitucional pátrio, a exemplo das premissas dispostas nos incisos, art.5º, da CF/88, a saber: II, III, X, XI, XII, XXXV, XXXVII, XXXIX, XLI, XLIX, LIII, LIV, LVI, LVIII, LXI, LXII, LXIII, LXIV, LXV, LXVI, dentre outros, as quais constituem salvaguardas que se baseiam na dignidade da pessoa humana, no devido processo legal, na legalidade e no respeito aos direitos humanos (Santos, 2011, pp. 117/118).

Mais além, o postulado de valoração da prova tem como requisito a validade da prova, eis que sua inadmissibilidade pode ocorrer antes de sua aquisição pelos meios de investigação vedados, ou posteriormente por violação a regras implícitas ou explícitas no ordenamento jurídico (Giacomolli, 2015, pp. 48/49). Pensamento refinado pelo professor Valente (2008, p. 176) que arremata ao dizer, na observância, no direito português aos preceitos talhados nos arts. 187º, 188º, 125º, 126º e 48º do Código de Processo Penal Lusitano, que:

“Impõe que se admitam como válidas as provas que, em primeiro lugar não ofendam os direitos e liberdades fundamentais do homem – maxime, a reserva da intimidade da

**vida privada, a palavra, a inviolabilidade das telecomunicações,
a honra e a imagem.”**

Dentro desse diapasão, o emprego dos novos meios de investigação, ocultos e abertos, defronta-se com questões insuperáveis na gestão do reconhecimento, produção e formalização da prova advinda destes meios de apuração, tendo em conta os limites epistemológicos derivados do sistema legal democrático e, no dizer do mestre Santos (2013, pp. 78/101), *verbis* **“dos princípios materiais/substantivos e adjetivos/processuais do processo penal e da investigação criminal,”** todos balizadores axiológicos do labor investigativo, como **“por exemplo: a privacidade, sigilo profissional, sigilo de dados, a proibição de autoincriminação, o direito ao silêncio, a devida e justa investigação criminal.”**

É impensável, nos dias atuais, conceber a investigação penal sem as devidas e precisas balizas valorativas ínsitas no ordenamento normativo e dispostas nas regras da ética jurídica, premissas que comparecem em nome de ideais maiores, como a dignidade humana e a paz social, que devem ser protegidas de quaisquer ingerências e ações atentatórias destas liberdades, ainda que com fins nobres de investigação dos ilícitos que se multiplicam na vida quotidiana.

Na mesma batida, também não é crível submeter os novos meios de produção de prova ao frio exame da lei, sem considerar as circunstâncias do caso concreto e o interesse maior da coletividade, razão pela qual, imprescindível a aplicabilidade de teorias atenuantes da ilicitude da prova, quando processo recomendar e a dever de justiça mostrar-se imperativo, a bem da sociedade, preocupação bem revelada no liceu de Chiovenda (1922, pp.143/144) *verbis*:

“Não negamos portanto que entre o direito e a prova existem relações íntimas, mas relações de fatos, da qual não se entenda que o direito deve ser acompanhado até a morte, por meio de qualquer alteração da lei e os costumes em relação aos meios de provas empregados desde o seu nascimento; isso provaria que o direito subjetivo é inviolável e coisa inabalável, isolado das condições meteorológicas, enquanto, por outro lado, se uma parte é verdade que seu destino está intimamente ligado ao da sociedade em que ele vive, sob outra prescrição demonstra que

**esse tempo pode proporcionar qualquer outro dano ao priva-lo
– ainda que temporariamente - da prova.”**

3 - DA PROVA ILÍCITA

3.1 - Dicotomias entre os institutos jurídicos da Existência, Legalidade e Validade.

Discutido linhas atrás, a busca pela justiça é uma perseguição da raça humana que encontra muitos obstáculos, entre eles, a difícil justaposição do lícito com os demais preceitos que podem tornar algo verdadeiramente justo, na medida em que existe sem vícios, adequa-se à lei, é válido por completo e jaz legítimo.

A partir dessas premissas para se obter a real dimensão dos reflexos jurígenos e as diferentes consequências entre as distintas impropriedades que podem ocorrer no universo das provas, enquanto atos jurídicos, imprescindível estabelecer dicotomias entre os conceitos de (in)existência, (in)validade e (i)legalidade, o que se fará a seguir, *pari-passo*:

3.1.1 - A existência

Da dúvida mais entoada da literatura universal, proferida pelo dramaturgo, William Shakespeare, descortina-se a questão do existir: **“ser ou não ser... eis a questão”**³⁸ afinada com o aforisma filosófico-científico de René Descartes **“penso, logo existo”**³⁹ que sintetiza: penso, logo tenho consciência de mim mesmo, na certeza cartesiana da existência da mente.

Ambas as afirmações denotam que a existência suplanta a lógica da materialização concreta de algo, indo além. Existir é um estado de vida, onde se reúnem todas as propriedades necessárias para idiossincrasia de um ser.

No que toca aos atos praticados na esfera jurídica criminal essas máximas se mantêm. Toda e qualquer manifestação corporificada no bojo do processo necessita preencher os requisitos necessários à sua existência, (Friede, 1997, p. 95), como por

³⁸ “Ser ou não ser ... Eis a questão. Que é mais nobre para a alma: suportar os dardos e arremessos do fado sempre adverso, ou armar-se contra um mar de desventuras e dar-lhes fim tentando resistir-lhes? Morrer... dormir... mais nada...” In: SHAKESPEARE, William (1603). *A Tragédia de Hamlet, Príncipe da Dinamarca*. Tradução: Ridendo Castigat Moraes. São Paulo: Virtualbooks. p.64.

³⁹ Do trecho original: “*Puisque je doute, je pense; puisque je pense, j'existe (...) je pense, donc je suis*” in, DESCARTES, René (1637) *Discurso do Método. Para bem conduzir a própria razão e procurar a verdade nas ciências*. Ob. Cit. p.23.

exemplo, ter sido o ato praticado por sujeito competente e capaz para tanto, atendendo aos objetivos, formas e contornos permitidos ou não vedados pela lei.

Ainda que pareça evidente, é imperioso sublinhar que diversos atos inexistentes não ingressam no plano jurídico, pois lhes falta a completude de requisitos cogentes para existir, razão pela qual, boa parte da doutrina chama estes atos inexistentes, de “não atos”.

As provas inseridas no processo não deixam de ser atos jurídicos. E enquanto atos jurídicos, por obrigação, devem conter todos os elementos indispensáveis à sua inteira formação, sob pena de serem declaradas não-existentes. É o caso de um laudo pericial sem a assinatura do perito que o confeccionou ou o depoimento prestado por falsa pessoa, que se faz passar por outrem. Nessas situações não há que se falar em invalidade ou nulidade do ato, mas sim na sua própria inexistência, vez que o gravame antecede a qualquer tipo de convalidação ou declaração de nulidade, o vício está contido na formação do ato (da prova) que sequer chegou a congregar todos os pressupostos necessários para ser considerado (a) existente.

Com profícua abordagem do tema, leciona Pontes de Miranda (1973, p. 34):

“Para que algo valha é preciso que exista. Não tem sentido falar-se de validade ou de invalidade a respeito do que não existe. A questão da existência é questão prévia. Somente depois de se afirmar que existe é possível pensar-se em validade ou invalidade. Nem tudo o que existe é suscetível de a seu respeito discutir-se se vale, ou se não vale. Não se há de afirmar nem de negar que o nascimento, ou a morte, ou a avulsão, ou o pagamento valha. Não tem sentido. Tampouco a respeito do que não existe: se não houve o ato jurídico, nada há possa ser válido ou inválido. Os conceitos de validade ou invalidade só se referem a atos jurídicos, isto é, a atos humanos que entraram (plano de existência) no mundo jurídico e se tornaram, assim, jurídicos”

3.1.2 - A legalidade

Por excelência, o homem é dotado de razões e escolhas, individuais a cada um. A harmonia da sociedade, depende, contudo, de que o livre-arbítrio não se transforme em

arbitrariedade e os direitos individuais ofendam os interesses da coletividade. Para isso existe o direito, que nas suas muitas formas, comparece para regular comportamentos, em prol da paz social.

Cabedal teórico da Revolução Francesa, Rousseau dizia que os homens deveriam, em favor do Estado, abdicar de parte de suas liberdades, para que todos fossem livres.⁴⁰ Com efeito, a lei enquanto norma, traduz-se na maneira pela qual o Estado disciplinará tais liberdades, naquilo que as nações colocam à frente para autodeterminação e bem-comum de seus povos, e, por consequência, através dos limites às liberdades que os cidadãos serão coletivamente libertos, como bem argumenta Hegel.⁴¹ Nessa linha, a imperiosidade das normas é enfatizada por Figueiredo Dias (2009, p. 48), *in litteris*:

“A ideia subjacente a esta tese nutre-se do reconhecimento de que a função do Direito de criador de normas de orientação social e de comportamento individual é indispensável à conservação e desenvolvimento de qualquer sociedade, do presente ou do futuro, e que para ela não existe alternativa.”

Diante desse cenário, projeta-se o ideal de que a consonância das condutas de um indivíduo com as leis que regem o Estado em que ele vive,⁴² que vão lhe conferir o *status* de homem cumpridor de seus deveres e titular de direitos. Dessa adequação entre conduta humana e lei em vigor, germina o conceito amplo de legalidade dos atos.

Essa perspectiva de legalidade das condutas dos cidadãos, na lupa do direito penal, voltada a coibir os desvios e restabelecer a ordem abalada pelo crime, trouxe à legalidade, outra roupagem, qual seja, a de que apenas as leis podem definir os delitos e as penas correspondentes, assim como, a forma pela qual se provará a culpa dos acusados. Filosofia

⁴⁰ “Cada um de nós põe em comum sua pessoa e toda a sua autoridade, sob o supremo comando da vontade geral, e recebemos em conjunto cada membro como parte indivisível do todo.” *In*: ROUSSEAU, Jean-Jaques (2002) *Do Contrato Social*. São Paulo: Virtualbooks. pp.25/26.

⁴¹ “A idéia de liberdade necessariamente implica lei e moral. (...). Assim, a limitação de impulso, desejo, paixão — que pertence apenas ao indivíduo particular como tal — de capricho e deliberação, é considerada uma limitação da liberdade. Ao contrário, esta limitação é a própria condição que leva à emancipação; a sociedade e o Estado são exatamente as condições em que a liberdade se realiza.” *In*: HEGEL, Georg W. F. (2001) *A razão na História: Uma Introdução Geral à Filosofia da História*. Tradução: Beatriz Sidou. 2ª ed. São Paulo: Centauro. pp.91/92.

⁴² Já em 1505, MAQUIAVEL, traçou um paralelo entre a presença das leis e os sustentáculos do Estado, *verbis*: “Os principais fundamentos que os Estados têm, tanto os novos como os velhos ou mistos, são as boas leis e as boas armas.” *In*: MAQUIAVEL, Nicolau (1505) *O Príncipe*. Tradução: Ridendo Castigat Mores. São Paulo: Ebooksbrasil.com. p.75

oriunda da revolução burguesa com o escopo de evitar os abusos cometidos pelo absolutismo de então, consubstanciada, em inaugural registro, na Magna Charta de 1215.⁴³

Na obra **“Dos delitos e das penas”** escrita em 1764, por Cesare Beccaria, que a legalidade passou a ser entendida como princípio geral do direito criminal, fórmula aperfeiçoada pelo jurista Anselmo Feuerbach que sintetizou o adágio *nullun crimen, nulla poena sine lege*,⁴⁴ previsto em quase todas as Cartas Constitucionais do mundo livre atual, e, na CRFB de 1988 detalhado no art. 5º, XXXIX.⁴⁵

Em comentário do tema, agudiza-se o compêndio do professor Giacomolli (2010, p. 158):

“Dessa maneira, a legalidade penal é um princípio constitucional limitativo do poder do legislador, que terá que formular preceitos claros, precisos, determinados e de acordo com a Constituição, limitativo do poder jurídico do órgão acusador, que não poderá transpor as barreiras legais autorizadoras do exercício da pretensão acusatória, e limitador do poder jurídico dos juízes e dos Tribunais, os quais estão impedidos de definir tipos penais ou de aplicar sanções criminais que não existam no momento da conduta garantindo-se, assim, a proteção dos direitos e das liberdades fundamentais”

Verdadeiro farol-guia de todo o direito material e processual penal, o princípio da legalidade se apresenta de um lado como garantia às pessoas de que os comportamentos

⁴³ Em tradução livre da Magna Charta de 1215, do Rei João “Sem terra”, *verbis*: “39. Nenhum homem livre será capturado ou aprisionado, ou desapropriado dos seus bens, ou declarado fora da lei, ou exilado, ou de algum modo lesado, nem nós iremos contra ele, nem enviaremos ninguém contra ele, exceto pelo julgamento legítimo dos seus pares ou pela lei do país”.

⁴⁴ À evidência, o adágio *nullun crimen, nulla poena sine lege*, tenciona-se em quatro vertentes principiológicas, em que é nulo o crime ou nula a pena: *sine lex praevia*; *sine lege scripta*; *sine lege stricta* e *sine lege certa*, na lição de FREITAS: “*Lex praevia* representa a vedação à edição de leis retroativas, que fundamentem ou agravem a punibilidade; proíbe a *reformatio in pejus*. *Lex scripta* tem função política, veda a fundamentação ou agravamento da punibilidade com base em direito consuetudinário. *Lex stricta* veda a analogia prejudicial ao réu (*in malam partem*); não há pena sem mandamento expresso em texto de lei. *Lex certa* significa a proibição de leis penais indeterminadas”. Vide FREITAS, Jayme W. (2004) *Prisão Temporária*. São Paulo: Saraiva, p.12.

⁴⁵ CRFB/88: “Art.5º, XXXIX – “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal;”

criminais serão definidos tão-somente pela lei,⁴⁶ que deve ser precisa e inequívoca na definição dos delitos e das penas e de outra banda representa ao cidadão uma proteção contra a força de punir do Poder Público (Bitencourt, 2012, p. 17) que terá de respeitar os limites e ditames da norma penal.⁴⁷

Nessa segunda acepção, a legalidade toca o direito das provas, pois, como é consabido, cumpre ao Estado-acusador provar a responsabilidade criminal dos arguidos, portanto, só poderá fazê-lo, mediante instrumentos e meios de prova previstos ou não proibidos pela legislação em vigor.

No campo das provas, a legalidade fragmenta-se no âmbito **formal** (obediência a todos os trâmites e procedimentos previstos pela Constituição e pelas leis penais, para a sua realização) e no campo **material** (respeito às proibições e imposições previstas na norma penal para a garantia das liberdades e direitos fundamentais) (Greco, 2012, p. 98).

Em elucidativo discurso acerca da prova e sua legalidade, comparecem as palavras tecidas por Opilhar (2006, p. 94), *verbo ad verbum*:

“Estes direitos e garantias consubstanciam-se em limites à atividade estatal, inclusive no que concerne à produção da prova na investigação e no processo penal. Neste contexto, no Estado Democrático brasileiro, os princípios e regras insertos, explícita ou implicitamente, na Constituição da República atuam como norteadores da fase policial e do processo penal, que passa a ser concebido não apenas como instrumento para persecução penal, mas, também, como meio para salvaguardar direitos fundamentais.”

⁴⁶ Em abordagem circumspecta do assunto, GOMES salienta que o princípio da legalidade, se subdivide em princípio da reserva legal (somente a lei pode definir crimes e penas ou medidas de segurança) e princípio da anterioridade (lei nova penal deve entrar em vigor antes e só tem validade para fatos posteriores à sua vigência), *in*, GOMES, Luiz Flávio (2003) *Direito Penal: Parte Geral. Introdução- Volume I*. São Paulo: Revista dos Tribunais. p.129.

⁴⁷ “O princípio da igualdade interdita tratamento desuniforme às pessoas. Sem embargo, consoante se observou, o próprio da lei, sua função precípua, reside exata e precisamente em dispensar tratamentos desiguais. Isto é, as normas legais nada mais fazem que discriminar situações, à moda que as pessoas compreendidas em umas ou em outras vêm a ser colhidas por regimes diferentes. Donde, a algumas são deferidos determinados direitos e obrigações que não assistem a outras, por abrigadas em diversa categoria, regulada por diferente plexo de obrigações e direitos”. Vide: MELLO, Celso Antônio B. (2014) *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. 13ª tiragem. 3ª ed. São Paulo: Malheiros. pp. 12/13.

3.1.3 - A validade

Inserida na legislação processual penal brasileira, a liberdade da prova é a regra que rege os diplomas adjetivos criminais, em homenagem à busca pela verdade real e com atenção a responsabilidade das autoridades policiais⁴⁸ e da Justiça Penal⁴⁹ na procura incansável da solução dos delitos e da punição dos culpados.

Entretanto, a liberdade probatória do direito instrumental penal não é absoluta. Consoante citado linhas supra, a prova inserida no processo penal tem características de ato jurídico, e, por isso, necessita agrupar todos os pressupostos indispensáveis para existir, além de só ser aceita ao processo, caso seja legalmente admitida ou não vedada.

A par desses preceitos, de existência e legalidade, a prova criminal, enquanto ato jurídico, deve ser válida, em observância à lógica de *conditio juris*, ou seja, precisa amear todas as condições jurídicas⁵⁰ que lhe confirmam validade.⁵¹ Estabelecendo um paralelo acerca da existência e validade, Lopes Jr. (2014, p. 849) pautava com sólidas palavras a transição entre ambas. Recordava-se:

“Primeiro ponto a ser destacado é a expressão defeito, exatamente para significar aquilo que foi feito com defeito, ou seja, (de) feito, com violação às regras do processo e em desacordo com o tipo processual penal. Marca ainda a separação entre os planos da existência e validade, pois defeito não é falta (inexistência), ou seja, falta é o que não foi feito; o que foi feito, não pode ser tratado como falta, pois existe.”

⁴⁸ CPPB – Art.6º, III, *verbis*: – “Logo que tiver conhecimento da prática da infração penal, a autoridade policial deverá (...) III-colher todas as provas que servirem para o esclarecimento do fato e suas circunstâncias;”

⁴⁹ CPPB – art. 155, *caput*, 1ª. parte, *verbis*: “O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial.”

⁵⁰ Aqui não se objetam as premissas acerca da validade *social* do instituto jurídico, mas sim, e tão-somente, da concepção jurídica do assunto, que tem distinta abordagem, como bem ressalta HABERMAS, *verbis* “A validade social das normas de direito é determinada pelo grau em que consegue se impor, ou seja, pela possível aceitação fática no círculo dos membros do direito.” *In*: HABERMAS, Jürgen (1997) *Direito e democracia: entre a facticidade e validade*. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro. p.50.

⁵¹ Com o teodolito focado na validade jurídica enquanto critério axiomático, BOBBIO destaca: “O problema da validade jurídica pressupõe que se tenha respondido à pergunta: o que se entende por direito? Trata-se, querendo adotar uma terminologia familiar entre os jusfilósofos, do problema ontológico do direito.” Vide, BOBBIO, Norberto (2003) *Teoria da Norma Jurídica*. Tradução: Fernando Pavan Batista. 2ª ed. Bauru: EDIPRO. pp.46/47.

Nesse diapasão, a definição de validade da prova criminal está umbilicalmente ligada às concepções de nulidades penais, previstas na legislação instrumental pátria. Isto porque de modo díspar às impropriedades de inexistência, observa-se que a prova invalida foi constituída (portanto existe), todavia, seus efeitos ao mundo jurídico são prejudicados por vícios na sua formação, que podem ou não, torna-la inútil ao fim probante que se destina e por consequência podem tornar a prova (no todo ou em parte), ineficaz.⁵²

Na seara das nulidades, as normas processuais penais pertinentes à prova elegem como vetor a premissa cardinal do *pas de nullité sans grief* ou princípio da instrumentalidade das formas e dos atos processuais que admite no interior do processo, que os atos probantes atinjam o fim intentado independente de vícios formais,⁵³ contanto que não haja possibilidade de prejuízo a acusação ou defesa, na forma do artigo 563, do CPPB.⁵⁴

Não obstante, ressalvas precisam ser frisadas, quanto à aplicabilidade deste princípio. Primeiro, que se acolhido, o princípio da instrumentalidade, aplica-se apenas às nulidades relativas, aquelas que dependem de juízo axiomático do magistrado e só interessam às partes litigantes na demanda penal, *verbi gratia*, a aceitação de um documento em fotocópia como prova ou a confecção de alegações finais orais feitas por um advogado sem procuração no processo.

Via diversa, nas nulidades absolutas, a premissa da instrumentalidade jamais tem uso, posto que nelas o gravame ofende interesse maior e coletivo (ligados a ideia do processo enquanto função jurisdicional), em detrimento de garantias fundamentais da constituição e não dependem desta valoração a serem observadas pelo juiz,⁵⁵ como seria o

⁵² Consoante o magistério de GRINOVER, *verbis*: “não é o processo que sofre nulidade: a nulidade é da prova em si, que não pode ser tomada como fundamento para nenhuma decisão do processo.” *In*: GRINOVER, Ada P. (2004) *As nulidades no processo penal*. 8. ed., São Paulo: RT. p.162.

⁵³ Tal sistema de apreciação das nulidades está explicitado no item XVII da Exposição de Motivos do Código de Processo Penal Brasileiro, segundo o qual “não será declarada a nulidade de nenhum ato processual, quando este não haja influído concretamente na decisão da causa ou na apuração da verdade substancial. Somente em casos excepcionais é declarada insanável a nulidade.”

⁵⁴ CPPB – “Art.563. Nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa.”

⁵⁵ Com retórica de fácil entendimento, o saudoso REALE explica que: “Recorrendo as devidas cautelas, a uma imagem de tipo físico, diríamos que os atos nulos já entraram nos domínios do Direito e dele devem ser expulsos, pelos vícios de que padecem. Acontece que alguns deles (os anuláveis ou relativamente nulos) podem ser recuperados e restituídos à saúde jurídica, enquanto que outros, os eivados de nulidade absoluta, sofrem de mal irremediável”. Vide: REALE, Miguel (2010) *Lições Preliminares de Direito*. Ob. Cit. p. 208.

caso de uma prova determinada por juiz incompetente ou de um interrogatório praticado mediante tortura.⁵⁶

De outra banda, boa parte da doutrina processual penal entende que o sistema de nulidades está a serviço do réu, pois a forma processual seria, ao mesmo tempo, limite de poder punitivo do Estado e garantia ao acusado do respeito à estrita legalidade penal e o respeito à tipicidade normativa que governam as leis criminais,⁵⁷ no que concluem que não há distinções entre as nulidades relativas ou absolutas, caso se apresente em prejuízo do acusado, o que for nulo deve ser extirpado do processo.

Com o sentido assertórico em suas palavras, o ministro da Suprema Corte Brasileira, Barroso (2012, pp. 99/100), bem resume as dicotomias aqui coligidas: **“se estiverem presentes os elementos agente, forma e objeto, suficientes à incidência da lei, o ato será existente. Se, além disso, estiverem presentes os requisitos competência, forma adequada ilicitude-possibilidade, o ato, que já existe, será também válido.”**

3.2 - A (IN) ADMISSIBILIDADE PROBATÓRIA PENAL: CONCEITOS DE ILÍCITO E ILEGÍTIMO

No intrincado e complexo labor de dizer o direito, todo processo judicial perpassa um caminho que objetiva atingir uma verdade em nome da Justiça, essa meta só consegue ser atingida, com certeza, a partir da prova reunida aos autos. Sem embargo, essa prova não pode ser frágil ou duvidosa, mas sim, necessita ter robustez (abundância e consistência), clareza (fácil e induvidosa compreensão) e, destacadamente, licitude (aceitabilidade pelo ordenamento jurídico vigente).

⁵⁶ “Em outras palavras, a regra processual, in casu a proibição de obter prova mediante tortura, pode adquirir uma importância tal que impede qualquer ponderação de interesses e que, em consequência, sua infração importa necessariamente a exclusão da prova respectiva.” Vide: AMBOS, Kai (2010) *O Uso Transnacional da Prova Obtida por Meio de Tortura*. Ob. Cit. p.104.

⁵⁷ Raciocínio defendido pelo jurista LOPES JR. que acrescenta, *verbis*: “Nesse complexo ritual, como já falamos diversas vezes, o sistema de garantias da constituição é o núcleo imantador e legitimador de todas as atividades desenvolvidas, naquilo que concebemos como a instrumentalidade constitucional do processo penal; é dizer: um instrumento a serviço da máxima eficácia do sistema de garantias da Constituição. Somente a compreensão dessa estrutura permite atingir a consciência de que o sistema de invalidades processuais se funda na tutela do interesse processual do imputado. Toda a teoria dos atos defeituosos tem, com o objetivo nuclear, assegurar o devido processo penal para o imputado.” In: LOPES JR., Aury (2014) *Direito processual penal*. Ob.Cit. p.845.

O vocábulo ilícito provém do latim *illicitus*, que na definição expansiva se traduz naquilo que é contrário às normas sejam elas regras morais, costumeiras, legais ou princípios gerais do direito, e em conceito restrito, significa o que é proibido por lei.⁵⁸

Na seara das provas, a compreensão do ilícito abarca além das conceituações restritas e amplas, a ideia de admissibilidade. Esse sentido de admissível vem à baila porque o material probante não se insere no processo penal num único arroubo. O ingresso da prova ao mundo jurídico se desenvolve em etapas que começam pelo seu **requerimento** ou **propositura** (determinação de sua busca pela autoridade policial ou judicial); **formação** ou **obtenção** (o trabalho de descoberta, coleta e organização dos elementos e dados que interessam à determinação de materialidade e autoria criminais); **deferimento** ou **admissão** pelo juiz (quando, uma vez localizada, esta é aceita pelas autoridades, porque útil, necessária e válida); **introdução** (inserção do produzido aos autos) e por fim, a **valoração** ou **apreciação** da prova (momento em que ela é sopesada no juízo decisório de formação de responsabilidade penal e definido o seu valor).

Em um passado não muito distante, pretérito à edição da CRFB/88, o direito processual penal pátrio praticava no axioma da admissibilidade das provas criminais o raciocínio do *male captum bene retentum* (mal colhida, mas bem conservada) (Cunha Jr. e Novelino, 2015, p. 109), o qual relativizava a ilicitude da obtenção da prova, se, por ventura, o elemento de prova tivesse sido produzido em consonância com as regras jurídicas vigentes, independente dos atos anteriores à consecução dessa prova, mesmos que nesses atos tenha ocorrido infringência a regras materiais ou processuais.

Com a edição da Magna Carta Brasileira de 1988, o raciocínio do *male captum bene retentum* perdeu força, eis que a pedra angular do texto constitucional está sedimentada na não-aceitação de provas produzidas ao arrepio de normas de direito material ou processual. Tal consta em seu artigo 5º, inciso LVI, *verbis*: “**são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos.**” Com isso, a Lei Fundamental pauta o início da inadmissibilidade, a partir da obtenção (formação) da prova que for antagônica ao direito. Sendo assim, a prova pode até ser requerida, contudo se durante sua obtenção ocorrerem vícios ou gravames à lei e à moralidade não será ela aceita nas demais etapas pré-faladas (Alves, 2003, pp. 173/174).

⁵⁸ Ao tecer comentários acerca da legalidade e licitude, BOBBIO sinaliza, *verbis*: “Na linguagem política, entende-se por Legalidade um atributo e um requisito do poder, daí dizer-se que um poder é legal ou legalmente ou tem o timbre de Legalidade quando é exercido no âmbito ou de conformidade com as leis estabelecidas ou pelo menos aceitas.” In, BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASCHINO, Gianfranco (1998) *Dicionário de Política*. Tradução: João Ferreira. 11ª ed. Brasília: UNB. p.674.

De modo complementar, Prado (2015, pp. 218/224) reverbera que antes de qualquer discurso axiológico das provas criminais em cotejo, deve ser feito um estudo epistêmico de **fiabilidade da prova** que consiste na observância se aquele específico material de prova está em condições de ser avaliado, ou seja, se o ingresso do elemento probatório no procedimento processual merece ser “avaliável” pelo magistrado que irá lhe atribuir importância (a análise da fiabilidade probante antecede, **lógica e cronologicamente**, todos os juízos de valor das provas apresentadas ao juízo criminal competente).⁵⁹

A doutrina brasileira, em exegese do tema, desenvolve a ilicitude das provas em dupla valência: **formal e material**. Enfoque voltado a iluminar em que momento destas fases de inserção do material de prova, o vício contido no ingresso da prova na lide penal trará suas consequências. Em fulgurante discurso acerca da questão, aponta Nucci (2007, p. 336) que: “**Nesse contexto, abrem-se duas óticas, envolvendo o que materialmente ilícito (a forma de obtenção da prova é proibida por lei) e o que é formalmente ilícito (a forma de introdução da prova no processo é vedada por lei)**”

Em outras cartas constitucionais, como a Portuguesa, entende-se a prova ilícita como Nula,⁶⁰ ou seja, a prova ingressa no processo e em razão do seu vício tem sua nulidade reconhecida pelo magistrado.⁶¹ Na sistemática Brasileira de inadmissibilidade da prova ilícita, essa é proibida de ingressar no processo, e caso isso ocorra, a mesma deve ser desentranhada dos autos.⁶²

Em objetivo magistério, o insigne Fragoso (1978, p. 27), destrincha a admissibilidade da prova e sua relação com o Estado Democrático de Direito, ao pontuar que a prova inadmissível “**está em desacordo com princípios gerais do próprio processo ou da Constituição, destinados a assegurar outros valores de maior significação**”.

⁵⁹ Perspectiva estudada pela doutrina lusitana, sublinhada na escrita de OLIVEIRA, que salienta a existência por parte do magistrado dos juízos probatórios preliminares precedentes ao próprio juízo de facto, a exemplo do juízo preliminar de idoneidade probatória (voltados à verificação da verossimilhança e legalidade dos meios de prova); do juízo preliminar de pertinência da prova (relativo aos limites da atividade probante e à legitimidade dos produtores da prova); e do juízo preliminar de relevância da prova (no escopo de manter o objeto da prova dentro da *thema probandum* processual em debate). Vide: OLIVEIRA, Francisco da C. (2008) *A Defesa e a Investigação do Crime*. 2ª ed. Coimbra: Almedina. p.161.

⁶⁰ Artigo 32.º - 8. “São nulas todas as provas obtidas mediante tortura, coacção, ofensa da integridade física ou moral da pessoa, abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações.”

⁶¹ Compêndio resumido pela doutrina lusitana que obtempera, no discurso de SILVA: “Não há propriedade na utilização do termo ‘prova ilícita’; o que existe, a rigor, é ‘prova obtida por meio ilícito, recaindo a ilicitude sobre o meio de prova e não sobre a própria prova; sobre esta recai a inadmissibilidade.” In: SILVA, Bruno C. G. (2010) *Da Prova Ilícitamente Obtida por Particular no Processo Penal*. Campinas: Servanda. p.133.

⁶² CPPB - Art. 157. “São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.”

A despeito da ilicitude probatória, imperiosa a distinção entre os preceitos de prova ilícita e prova ilegítima.

Na primeira abordagem clara do assunto, normatizada pelo direito romano, exsurge a premissa do *non omnis quod licet honestum est*, liceu romano que objetiva demonstrar a preocupação dos juristas da época em distinguir o Direito da Moral.⁶³ Perspectiva repisada por Comte-Sponville (1999, p. 34), quando esquadrinha o lícito e o justo, este último como virtude, em coisas não necessariamente coincidentes, ao filosofar que: **“Lei é lei, seja justa ou não. Mas ela não é, portanto, a justiça, o que nos remete ao segundo sentido. Não mais a justiça como fato (a legalidade), mas a justiça como valor (a igualdade, a equidade) ou, aí estamos, como virtude.”**

Nesse panorama, a prova ilegítima aproxima-se do ideal de honestidade, probidade e retidão com que essa prova se revela ao processo penal. Como perfilado alhures, a liberdade da prova é o princípio que orienta a sua produção probatória, entretanto, mesmo a prova que for produzida de acordo com a lei, não pode ofender a moral (Lenz, 1988, p. 225) e a ordem pública que subjaz existe como alicerce de todo o ordenamento jurídico.⁶⁴

Sob outro prisma, a dicotomia entre legalidade e legitimidade se realiza a partir da observância a que tipo de normas essas provas proscritas atentam. De regra, a prova ilegal é considerada como gênero e as espécies são a prova ilícita e a prova ilegítima.

Nesse caleidoscópio, a prova ilícita é aquela que contraria normas de direito material, quer quanto ao meio ou quanto a forma de obtenção desta prova. Já na prova ilegítima, a violação ocorre em detrimento de normas de direito processual, tanto na produção como na introdução da prova, no bojo da lide. Em específico ângulo processual penal, válido exemplificar possíveis provas ilegítimas àquelas obtidas com violação às formalidades alinhavadas nos artigos 158, 186, 206, 233, 241, 243 §§ 1º e 2º, 244 e 406 §2º, do CPPB.

Por derradeiro, o ensaio de Lopes Jr. (2014, p. 428) ressalta a importância de distinguir as provas ilícitas das ilegítimas, em atenção ao **momento** da ilegalidade, posto que os elementos probatórios ilícitos têm seus vícios de legalidade verificados no momento da **obtenção** da prova (exteriores a fase processual) enquanto as provas ilegítimas possuem

⁶³ Do original em latim: “nem tudo que é lícito, é honesto” citado por REALE, Miguel (2010) *In: Lições Preliminares de Direito*. 27ª ed. 9ª Tiragem. São Paulo: Saraiva. p.53.

⁶⁴ Em trajetória elucidativa, complementa COLUCCI, ao declinar que “mesmo sendo a verdade real o fim último do processo, jamais se poderá encontra-la por meios ilícitos, não apenas formalmente considerados (domínio da técnica), mas materialmente também (domínio da ética)”. *In: COLUCCI, Maria da G. L.; SILVA, Maria R. C. (1988) Provas Ilícitas no Processo Penal*. Brasília: Revista de Informática Legislativa n.97. p.249.

suas impropriedades legais no instante da **produção** da prova (**inserção** dentro do processo). Tal circunstância permite que as provas ilegítimas sejam repetidas, renovadas ou refeitas porque os gravames processuais que as inquinam de nulidade, podem ser afastados (por óbvio se não houver ofensa a outros princípios e regras penais), noutro curso, as provas ilícitas não admitem repetição pois sequer entram dentro do processo, e, por serem inadmissíveis devem ser desentranhadas dos autos, assim que identificadas.

3.3 - ILICITUDE DIRETA E DERIVADA: CAUSAS E ESPÉCIES DE ILICITUDE PROBANTE.

O desafio de extrair a ilicitude ou a ilegitimidade de dentro das provas judiciais remonta a inquietação de Descartes (1637, p. 12), para o qual, dissociar a amálgama de preceitos verdadeiros e falsos, em uma mesma assertiva, **“é quase tão difícil separá-los quanto tirar uma Diana ou uma Minerva de um bloco de mármore que nem sequer está esboçado”**.

Essa parábola se materializa, nas lides penais, na complexa identificação de gravames e defeitos que maculem a legalidade de uma prova, dentre os elementos apresentados pelas partes ao juízo decisório. Nesse cenário, imperioso destacar que o vício que inquina de ilegalidade uma prova pode estar contida no cerne desta mesma prova, ou então, advir de um outro substrato de prova anterior, do qual essa matéria probante provém.

Na primeira proposição, os doutrinadores catalogam a ilegalidade da prova como direta (Temer, 1996, p. 179) ou originária (Paulo e Alexandrino, 2007, p. 172), em que a imperfeição jurídica probante está contida nos subsídios dos quais a própria prova foi construída (**conteúdo** ilícito da prova). Circunstância que outros pensadores identificam tomando por base o enfoque evolutivo da prova, no qual o ilícito da prova residiria na sua criação, ou seja, na essência da prova **“porque forjadas ou tomadas por base em métodos não comprovados cientificamente, que atentam contra a dignidade do réu”** (Bonaccorsi, 2014, p. 59). Cite-se como por exemplo, a comprovação de uma doença mediante atestado falso ou a realização de uma autópsia em cadáver equivocado.

Na segunda hipótese, a ilegalidade da prova não se apresenta de plano. São os casos em que um elemento probante teve sua colheita, produção ou obtenção alcançada a partir de outra prova inquinada de ilegalidade ou ilegitimidade. Essa pecha antijurídica da prova matriz, mancha e conspurca todas as provas dela decorrentes, com um efeito de

contaminação de ilegalidade na prova posterior, que engendra a nominada prova ilícita derivada (Grinover, 2004, p. 116) ou por derivação (Nucci, 2007, p. 337). Acerca da prova ilícita derivada, disse Carnelutti (2001, p. 65) ao vislumbrar o direito como um instrumento da justiça e uma ciência autônoma, que “**sem a bondade, a ciência do direito poderá sem dúvida fazer com que cresça a árvore do direito, mas esta árvore não dará os frutos de que os homens têm necessidade**”. Com esse apotegma, o jurista italiano condiciona os bons frutos da árvore do direito, a bondade da própria árvore em si.⁶⁵

Centrados nessa proposição, os juízes norte-americanos cunharam suas teses na doutrina dos **frutos da árvore envenenada** (“*fruits of the poisonous tree*”), a partir do primogênito julgado decidido pela Suprema Corte dos Estados Unidos no caso *Silverthorne Lumber Co. vs. United States*, em 1920, em que aquele Tribunal entendeu que diferente da ilicitude originária, existiriam as provas lícitas contaminadas por ilegalidade, às quais, num perfunctório exame, pareceriam lícitas, porém teriam seu surgimento proveniente de uma prova ilícita anterior, isto é, prova contaminada (derivada) por um meio de ato ilícito ou ilegal de obtenção,⁶⁶ “**a prova ilícita produzida (árvore), tem o condão de contaminar todas as provas decorrentes (frutos)**” (Távora e Alencar, 2011, p. 365).

Em comentários aos Julgamentos das Cortes de Justiça Espanholas, Torné salienta oportunamente que a ilicitude da prova por derivação, se reflete entre as provas derivadas e aquelas provas originárias ilícitas por vulneração a direitos fundamentais, se, *in casu*, houver entre as referidas provas, uma conexão causal que interligue a prova subsequente à prova primária, àquela será ilicitamente obtida ou produzida.⁶⁷ No mesmo rosário que atribui à espinhosa prova derivada, a pecha de inadmissibilidade, comparece o direito lusitano para nominar a prova ilícita por derivação com a alcunha de **doutrina do efeito à distância** ou **da eficácia longínqua** (Soares, 2014, pp. 112/113), no intuito de

⁶⁵ A máxima desenhada remonta a parábola bíblica dita pelo apóstolo Mateus [12:33]: “Plante uma árvore boa e ela dará fruto bom; plante uma árvore prejudicada e ela dará frutos prejudicados. Pois, é pelo fruto que conhecemos a árvore.” BIBLIA SAGRADA (1990). Tradução: João Ferreira de Almeida. São Paulo: Ebooksbrasil.com. p.2579.

⁶⁶ O julgado *Silverthorne lumber co. vs. US*, da United States Supreme Court, nº358, decidido em 26 de janeiro de 1920, diz em trechos relevantes, *verbis*: “*The essence of a provision forbidding the acquisition of evidence in a certain way is that not merely evidence so acquired shall not be used before the court but that it shall not be used at all. of course this does not mean that the facts thus obtained become sacred and inaccessible if knowledge of them is gained from an independent source they may be proved like any others, but the knowledge gained by the government's own wrong cannot be used by it in the way proposed.*”

⁶⁷ “*La ilicitud constitucional se extiende también a las pruebas derivadas o reflejas si entre ellas y las anuladas por vulneración de los derechos fundamentales existe una conexión natural o causal (que constituye el presupuesto para poder hablar de prueba derivada de otra ilícitamente obtenida).*” Vide: TORNE, María Cinta C. (2012) *La Prueba Ilícita por Violación de Derechos Fundamentales y Sus Excepciones*. Madrid: Revista de Derecho UNED. n. 11. p.146.

sublinhar o desdobramento ao longe das iniquidades legais de uma determinada prova, em relação a outros elementos de probantes dela decorrentes.

Em solo tupiniquim, somente com a edição da Lei nº 11.690/2008, ocorreu a inserção desta premissa no ordenamento jurídico brasileiro, dentro do art.157 no seu parágrafo 1º do CPPB, no qual a lei adjetiva penal nacional admitiu a teoria dos frutos envenenados em censura à obtenção de provas ilícitas por derivação, onde uma prova proscrita infecta as provas subsequentes, decorrentes dela, por efeito de repercussão causal, que provoca nulidade processual nessa prova derivada, por observância ao princípio do devido processo legal em comunhão com as demais liberdades e garantias constitucionais.

Por oportuno, saliente-se que para que uma prova ilícita por derivação seja inadmitida, prescinde que a violação ao ordenamento jurídico ofenda dispositivo específico legal ou constitucional, a infringência pode ocorrer por contrariedade ao arcabouço normativo como um todo, inclusive a derredor de princípios e postulados jurídicos, constitucionais ou não, regra pátria ou internacional, que estiverem em pleno vigor, no país.

Em via oblíqua, o próprio sistema judicante norte-americano, por entender necessário o temperamento e a adoção de exceções à inadmissibilidade da prova ilícita por derivação, prescreveu possibilidades extraordinárias de abrandamento da vedação e de aceitação da prova que, em primeira análise, restaria contaminada por vício na prova de origem. Dentro desse espectro das exceções e atenuações, admitiu-se, *exempli gratia*, uma prova que mesmo proveniente de outra ilícita, a sua descoberta seria inevitável (*inevitable discovery*); ou então que tenha surgido de uma fonte independente (*independent source limitation*); ou ainda seja possível distinguir o meio de obtenção da prova derivada da ilegalidade inicial da qual advenha (*purged taint limitation*).

Nos tópicos seguintes será aprofundado o estudo dos modais temperantes e excepcionalidades que abrandam a ilicitude da prova derivada, com detalhes específicos sobre essas questões e suas particularidades.

3.4. - PREMISSAS CONSTITUCIONAIS DA PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE

Em diversos momentos no desenvolvimento do direito como ciência jurídica, em nome de justiça aos cidadãos e na proteção aos direitos humanos e fundamentais, surgiram

variadas limitação ao excesso, normalmente praticado pelo poder público, com desiderato de equilibrar as relações entre Estado e governados e contrabalançar a força do *jus puniendi* estatal com as liberdades individuais e coletivas.

Na Grécia antiga, berço da filosofia, o estudo da lei, do direito e da equidade acompanhava os pensadores que almejavam compreender a natureza humana, seus desejos e interesses e, assim, estabelecer um paralelo de justiça e de virtudes entre os homens. Na obra de Aristóteles (2002, p. 8), resgata-se o raciocínio grego de que a justiça seria uma forma de proporção, **“pois proporção não é apenas uma propriedade de quantidades numéricas, mas de quantidades em geral, sendo proporção a equanimidade de razões”** arrematando o sábio que, **“portanto, o justo é o proporcional e o injusto é o que viola a proporção.”**

Na trilha do caminho da retidão, a proporcionalidade aproximou-se do direito criminal, ainda no tempo em que o direito dava os seus primeiros passos para se consolidar como ciência autônoma. Descortinado esse novel científico, a proporcionalidade exsurgiu na definição da justa pena e da embrionária valorização da liberdade, na medida em que a punição proporcional se traduzia, na melhor concepção de justiça, conforme concatenado, na lição de Montesquieu (2000, p. 199): **“A liberdade é favorecida pela natureza das penas e sua proporção. É o triunfo da liberdade, quando as leis criminais tiram de cada pena da natureza particular de cada crime.”**

Centrado nos ideais iluministas da época, Beccaria (2012, p. 63) deu contornos definitivos a consolidação da premissa da proporcionalidade ao direito penal, quando arrematou a lógica de que:

“os meios de que se utiliza a legislação para impedir os crimes, devem, portanto, ser mais fortes à proporção que o crime é mais contrário ao bem público e por tornar-se mais frequente. Deve, portanto, haver uma proporção entre os crimes e as penas.”

Com o advento de Cartas Constitucionais nas Nações livres mundo afora, nos séculos XVIII e XIX, a proporcionalidade viu-se erigida ao *status* constitucional, vezes de forma direta, por outras implicitamente, nos normativos das Magnas Cartas e também em outros diplomas de abrangência e importância ímpar como a *Bill of Rights* de 1689 e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789.

Da transição do Estado absolutista, passando pelo Estado Liberal e chegando-se às novas democracias contemporâneas, a teoria da proporcionalidade adquiriu singular formato na República Alemã, no período do segundo pós-guerra, ocasião em que o Tribunal Constitucional daquele país (*bundesverfassungsgericht*), passou a adotar como lastro de suas decisões, declarações do tipo “**excessivo**”, “**inadequado**”, “**necessariamente exigível**”, dando gênese ao posteriormente chamado, princípio da proporcionalidade (*verhältnismäßigkeitsprinzip*) ou proibição do excesso (Paulo e Alexandrino, 2007, p. 165). Com olhos nesse horizonte, considerou a Corte Constitucional Alemã que a proporcionalidade se reveste do caráter de postulado do Estado de Direito (*rechtsstaatsprinzip*), a exigir que a lei produza limitações estritamente imprescindíveis à tutela dos bens jurídicos constitucionalmente amparados com sustentáculo na ideia de que os atos do Poder Público devem ser adequados e proporcionais em relação aos seus governados (Mendes, 2000, p. 102).

Do outro lado do Atlântico, a Teoria da Proporcionalidade evoluiu na moldura de princípio da **razoabilidade**, segundo concepção norte-americana (*reasonableness*), a partir da interpretação evolutiva da cláusula do devido processo legal (*due process of law*), por meio da qual o juiz busca, a partir das particularidades das situações de fato e da regra do precedente (Canotilho, 1993, pp.260/261), determinar os limites do razoável nos casos concretos

No Brasil, a teoria da proporcionalidade percorreu trajetória mais vagarosa, por muito tempo sem sequer ser laborada pelos doutrinadores pátrios, até ser reconhecida num primogênito julgado da Suprema Corte Brasileira, em 1953, do Recurso Especial nº 18.331, no qual o STF, se referiu expressamente à doutrina da Suprema Corte norte-americana de que “**o poder de taxar é o poder de deixar vivo (*the power to tax is the power to keep alive*)**” e reconheceu que a existência de limites constitucionais ao poder de tributar (Costa, 1999, p. 11).

Entretanto, a evolução da teoria no universo normativo brasileiro praticamente parou durante o longo regime de exceção forçado pela ditadura militar de 1964 a 1985, onde as ações do poder público deixaram de ter limites e os direitos individuais e coletivos foram abnegados. Apenas com a reestruturação democrática do país e com o advento da Carta Constitucional de 1988, o Brasil resgatou a teoria da proporcionalidade e lhe conferiu assento constitucional, na esteira de um pacote de salvaguardas essenciais à manutenção do Estado Democrático de Direito, da dignidade da pessoa humana, das liberdades, das garantias, pressupostos erigidos à condição de direitos fundamentais. No

bojo da *Lex Mater* Brasileira de 1988, a proporcionalidade está intrinsecamente prevista em diversos dispositivos, sendo válido mencionar, sua presença no art.1º, inciso III; art. 5º, incisos II, III, X, XI, XII, XXXV, XXXVII, XXXIX, XLI, XLIX, LIII, LIV, LVI, LVIII, LXI, LXII, LXIII, LXIV, LXV, LXVI; art. 37 e incisos; art.173 e parágrafos, dentre outros.

No interior das regras constitucionais criminais, a proporcionalidade age nos direitos e garantias individuais e coletivos demonstrando que estes não são absolutos (Nucci, 2007, p. 338), posto que a própria Carta Constitucional Brasileira em diversas passagens coloca essas mesmas salvaguardas em aparente confronto, numa antítese solucionada pela teoria (Nucci, 2007, p. 434), princípio (Gomes, 2003, pp.114/115), postulado (Ávila, 2014, pp.112/119) e máxima (Alexy, 2015, pp.116/120) jurídica da proporcionalidade que atua como contraponto e meio de equilíbrio, entre as regras em rota de colisão, através do balanceamento e preponderância dos interesses de maior valor à Magna Carta.

As feições dessa afirmação encontram assento na jurisprudência alemã, que no labor da proporcionalidade divide seu uso, no que pertine aos direitos individuais, mediante a teoria das três esferas ou dos três degraus. Segundo o teorema, a vida privada apresenta-se em três valências diagramadas como círculos concêntricos. No círculo mais profundo habitam os elementos fundamentais, inabaláveis e essenciais do indivíduo (como é o caso do direito à vida e a integridade física e psicológica); no círculo intermediário situam-se os caracteres da vida quotidiana e comunitária do cidadão, que podem ser objetos de restrições, a bem da coletividade e da justiça (exemplifique-se o direito à livre reunião, a liberdade de associação e a inviolabilidade domiciliar); por fim, no círculo mais externo residem as particularidades da vida pessoal e privada de domínio e conhecimento público e que são socialmente visíveis (*verbi gratia*: o direito à liberdade de expressão e o sigilo das comunicações).

Com esse viés, nos estreitos limites permitidos pela Constituição em vigor,⁶⁸ o ordenamento jurídico e as decisões judiciais podem estabelecer excepcionais ressalvas às garantias contidas nos círculos acima referidos, sempre que um direito contido em círculo

⁶⁸ Diretriz igualmente sustentada pela Constituição da República Portuguesa que no art. 18º nº 2, admite a restrição de direitos liberdades e garantias, para salvaguarda de outros direitos, também constitucionalmente garantidos e também no art.193 do CPPP repositório que “impõe condição de aplicabilidade de uma medida de coação ou de garantia patrimonial a obediência ao princípio da proporcionalidade, nas suas três dimensões – necessidade, adequação e proibição ao excesso”, conforme salienta a obra de MARINHO e PINTO, Bárbara (2016) As medidas de Coação no Quadro da Criminalidade Económico Financeira. In: *V Congresso de Direito Penal e Processual Penal – Memórias*. Coimbra: Almedina. p.196.

exterior entre em choque com outra salvaguarda jurídica inserta em degrau mais profundo, **“em uma balança, dos bens jurídicos que estão contrastando-se e verificar qual tem o peso maior”** (Rangel, 2011, p. 434). Com proporção e razoabilidade translúcidas, as restrições à inviolabilidade domiciliar⁶⁹ e ao sigilo das comunicações podem ser afastadas para preservação e defesa do direito à vida e à liberdade, na lógica de estes direitos posicionam-se em patamar abissal em relação àqueles.

Neste contexto, os juízos de proporção e razão refletiram suas proposições na adequação e aceitabilidade das provas em direito criminal, impondo uma indispensável ponderação de limites, no escopo de ajustar as ações dos atores jurídicos - legisladores, juízes, operadores e executores da lei - dentro de parâmetros razoabilidade (Fachin, 2008, p. 138) e racionalidade⁷⁰ para a definição da licitude da prova, na escoreita medida deste instituto judicial, com sensibilidade entre os meios utilizados e os fins perseguidos pelo arcabouço jurídico e pelo espírito das normas em vigor.

Em conjugação às premissas justapostas, na seara da produção das provas criminais observa-se que o sistema constitucional pátrio protege de modo distinto bens e valores jurídicos previstos na CRFB, na medida em que excepciona proibições de admissibilidade da prova ilícita, de modo diferenciado, a depender de qual bem jurídico está em discussão probatória.⁷¹

Com efeito, na utilização do postulado da proporcionalidade, para consecução da prova criminal, jaz indispensável a identificação dos elementos ou subprincípios do princípio da proporcionalidade (Campos, 2004, p. 29), que o compõe, quais sejam: o

⁶⁹ Consoante frisado na obra de Benedito de SÁ: “Não se pode negar, por certo, que os direitos fundamentais referentes à propriedade estão num plano intermediário entre aqueles que concernem à liberdade e os que dizem respeito à segurança, devido ela, ao mesmo tempo, tocar a uma e a outra”. SÁ, Benedito W. C. de (2005) *A violação do Domicílio como Prova Ilícita*. Belém: Imprensa Oficial do Estado.p.174.

⁷⁰ Em linhas gerais, o magistrado norte-americano CARDOZO traz à baila o cerne do racionalismo no Estado-juiz ao mencionar que: “Os tribunais, então, são livres para demarcar limites das imunidades individuais a fim de formular seus julgamentos de acordo com a razão e a justiça. Isso não significa que, ao julgar a validade das leis escritas, sejam livres para impor suas próprias idéias de razão e justiça, no lugar daquelas dos homens e das mulheres aos quais servem. Seu critério deve ser objetivo. Nessas questões, o que conta não é aquilo que acredito ser certo. É aquilo que posso razoavelmente acreditar que outro homem, de intelecto e consciência normais, poderia razoavelmente considerar como certo.” Vide: CARDOZO, Benjamin N. (2004) *A Natureza do Processo Judicial: palestras proferidas na Universidade de Yale*. Tradução: Silvana Vieira. São Paulo: Martins Fontes. pp.63/64.

⁷¹ Opinião compactuada por CAPEZ, que reflete, *verbis*: “Para essa teoria, a proibição das provas obtidas por meios ilícitos é um princípio relativo, que, excepcionalmente, pode ser violado sempre que estiver em jogo um interesse de maior relevância ou outro direito fundamental com ele contrastante. É preciso lembrar que não existe propriamente conflito entre princípios e garantias constitucionais, já que estes devem harmonizar-se de modo que em caso de aparente contraste, o mais importante prevaleça”. In: CAPEZ, Fernando (2013) *Curso de Processo Penal*. Ob.Cit. pp.379.

subprincípio da adequação (idoneidade ou conformidade), o subprincípio da necessidade (ou exibibilidade) e o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito.

Em primeira análise, o subprincípio da adequação traduz-se na lógica de que qualquer medida restritiva para realização da prova deve ser apta e idônea a produzir o resultado desejado, na justaposição entre os vários fins determinados e os meios com que são determinados (Bergmann, 1992, pp.14/22). Caso clássico, do afastamento da inviolabilidade domiciliar de traficante de drogas, uma vez que indispensável para comprovação do delito de depósito ilícito de entorpecentes, a localização da substância estupefaciente ou elementos e frutos do crime, por ventura escondidos à sorrelfa, no domicílio do criminoso.

De maneira complementar, o subprincípio da necessidade assevera que o uso de excepcional mecanismo, método ou meio de obtenção de prova só se justifica se imperiosa e indispensável tal medida a bem da preservação de direito fundamental, sendo exigível a formação da prova por aquele caminho, na ausência de outra igual maneira, até menos gravosa. Neste ponto, válido rememorar, o uso de medidas para a quebra de sigilo de comunicações na produção de provas penais, às quais só se revelam imprescindíveis, se para a obtenção daquela matéria probante não houver outra forma capaz de atingir tal desígnio.⁷²

Por derradeiro, o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito consubstancia-se na premissa de que os meios eleitos para realização de determinada prova devem manter-se razoáveis e equânimes ao resultado almejado. Ou seja, o custo-benefício da modalidade de produção ou colheita de prova deve engendrar um ônus inferior ao benefício proporcionado, em uma relação entre os danos causados e os resultados a serem obtidos, na justa aferição de interesses ao caso concreto⁷³, o que alguns juristas modernos obtemperam tratar-se do aspecto **ponderativo** ínsito à teoria da proporcionalidade, na

⁷² “Nesse prisma, dispõe o art. 2º, inciso II, da Lei nº 9.296/96, que a interceptação das comunicações telefônicas não será admitida quando a prova puder ser feita por outros meios disponíveis. Dentre as medidas restritivas de direitos fundamentais, deve o Poder Público escolher a menos gravosa, sobretudo quando diante de insidiosa ingerência na intimidade não só do suspeito, mas também de terceiros que com ele se comunicaram. Por isso, a interceptação telefônica deve ser utilizada como medida de ultima ratio, sob pena de ilicitude da prova.” LIMA, Renato B. (2015) *Legislação Criminal Especial Comentada*. 3ª. ed. Salvador: JusPodium. p.154.

⁷³ Sob o assunto, argumenta BRANCO que: “Quando determinada prova é o único meio disponível em ordem à descoberta da verdade e de acordo com o princípio da proporcionalidade, o bem jurídico violado (pela obtenção da prova ilícita) no caso concreto se mostrar menos digno de protecção do que aquilo que se visa provar, estará aberta a porta à excepcional admissão da prova ilícita no caso concreto.” Vide: BRANCO, Isabel Maria F. (2015) *As gravações e fotografias ilícitas como prova a valorar no âmbito do processo penal e civil*. Coimbra: FDUC. p.17.

avaliação do confronto entre os interesses individuais e estatais, em prol da Justiça (Silva, 2010, pp.116/118).

Adstrito à perspectiva da proporcionalidade, com os seus subprincípios, sob o enfoque da concepção da prova em âmbito policial, afina-se o discurso de Britto (2015, pp.128/129), ao destacar que, que na constância dos procedimentos investigativos policiais, cabe ao Delegado de Polícia ao provocar o Judiciário em medidas de cautela e ao magistrado ao analisar tais pedidos cautelares observar, se a ação cautelar é adequada à solução do evento-delitivo, tanto sob o aspecto qualitativo (viabilidade da medida) quanto sob o viés quantitativo (duração e intensidade da medida), bem como se a atividade apurativa requerida é subjetivamente individualizada (de forma a prevenir efeitos e extensão indevida a terceiros, não vinculados ao incidente criminal, sob apuro).

Dito tudo isso, está patente que o postulado da proporcionalidade/razoabilidade comparece como meio de balanceamento das equações jurídica em conflito,⁷⁴ com a finalidade de evitar possíveis excessos na atuação *jus puniendi* estatal (refreando as punições criminais de acordo com a necessidade da reprimenda e com emprego do meio menos gravoso possível) e ao mesmo tempo garantir o equilíbrio dos interesses processuais e a proteção dos bens jurídicos maiores a serem protegidos, de acordo com as minudências de cada processo criminal (Fuhrer, 2011, pp.12/13) . Conclusões reafirmadas no magistério de Dimoulis e Martins (2014, p. 188), que **“a realização do exame da proporcionalidade é apresentada como processo que tem, sucessivamente, natureza classificatória (adequação), eliminatória (necessidade) e axiológica (proporcionalidade em sentido estrito), caracterizado por um afunilamento progressivo.”**

3.5 - A ILICITUDE DA PROVA E OS CASOS CONCRETOS: ASPECTOS *PRO REO* E *PRO SOCIETATE*.

Desde os bancos de faculdade que a disciplina do Direito Penal é ensinada como a mais virtuosa das cadeiras jurídicas, porque nela reside o fidalgo e distinto dever de proteger a coletividade dos males provocados pelos delinquentes aos homens de bem. Pese

⁷⁴ Ao que impende ressaltar a *opinio juris* do mestre CARVALHO para quem a proporcionalidade comparece com dupla dimensão: a proibição do excesso e a proibição de proteção deficiente, sendo que essa última “se reconhece quando nenhuma medida legal é adequada à proteção de um determinado direito fundamental, fragilizando, sobremaneira, a sua defesa”. CARVALHO, L.G. G. C. de, (2009) *Processo Penal e Constituição: Princípios Constitucionais do Processo Penal*. Ob.Cit. pp.37/38. No que é acompanhado por CANOTILHO para quem a proporcionalidade merece ser nominada, como **princípio da justa medida**. CANOTILHO, José Joaquim G. (1999) *Estado de direito*. Lisboa: Gradiva Publicações S.A. pp.60/61.

embora, os primeiros ensinamentos do curso revelam que a tônica do direito criminal repousa em um arcabouço normativo erigido em prol do acusado, a quem se curvam os princípios, regras, leis, analogias e comparações admissíveis sempre *in bonam partem* ao réu, nunca em seu prejuízo.

Como pano de fundo dessa concepção, está a humanização do direito penal, de *ultima et extrema ratio* aplicabilidade, pois, na leitura de grande parte da doutrina hodierna, a criminalização exacerbada de condutas e o uso excessivo de medidas privativas dos direitos e liberdades dos acusados não é resposta adequada para a redução dos comportamentos delitivos. Um dilema se levanta. Há, de modo translúcido, uma insatisfação social com a minimização do direito penal como mecanismo de combate à delinquência. Um sentimento de que existe uma frágil e tênue linha que contrapõe os direitos humanos individuais aos humanos direitos da sociedade vítima da criminalidade.

Não se pretende com esse capítulo dar solução a tema tão espinhoso. Mas, da flor exuberante do direito penal merece uma consideração especial à pétala de dupla face que coloca, de um lado, a prova ilicitamente produzida *pro reo*, e, no outro semblante, essa mesma prova, em prol da sociedade. Se é da prova que advém a confirmação do crime e revelação do criminoso, a ilicitude desta prova precisa ser sopesada, nos pratos sóbrios da balança da justiça.

3.5.1 - A (in) admissibilidade da prova ilícita em favor do réu.

Em linhas digitadas supra, comentou-se que a licitude da prova prevista nas Cartas Constitucionais do mundo ocidental opera como dispositivo garantidor de possíveis mazelas e gravames que o indivíduo possa vir a experimentar em seus direitos e garantias fundamentais. Entretanto, boa parte dos defensores da insofismável compatibilidade legal da prova com o elenco normativo vigente, inclina-se na direção de que há possibilidade de aceitar a prova ilicitamente produzida, enquanto a referida prova estiver em favor do acusado por crime,⁷⁵ em homenagem aos mesmos princípios e cauções constitucionais que tratam da ilicitude probatória.

⁷⁵ Premissa condensada em estudo da Universidade de São Paulo/Brasil capitaneado pela jurista Ada Pellegrini Grinover, consubstanciado na “SÚMULA 50 (Mesas de Processo Penal da USP) – Podem ser usadas no processo penal as provas ilícitas colhidas, que beneficiem a defesa”. Vide: ALVES, Léo da S. (2003) *A prova no processo disciplinar*. Ob.Cit. pp. 173/174.

A fundamentar esse raciocínio, cunhou-se algumas correntes de pensamento e justificativas de fato e de direito que embasam tal linha argumentativa. Vejamos, ponto a ponto:

3.5.1.1 - Antinomia principiológica aparente entre a Ampla Defesa e a Proibição à prova ilícita.

No interior de um único diploma constitucional estão prescritos princípios e normas, que, no instante que determinam direitos e deveres das pessoas inevitavelmente contrariam-se e entram em rota de colisão, ora permitindo, ora limitando condutas. A Constituição Brasileira não diverge desse destino. Em seu bojo há princípios que coligem entre si. Todavia, esse pugilato principiológico é ilusório e como todo conflito aparente de regras precisa ser solucionado.

Bem assim ocorre nos princípios constitucionais condutores das lides penais. É consabido que todas as lides judiciais são regidas pelo princípio maestro do devido processo legal. Sem embargo, do devido processo, frutificam as premissas da ampla defesa e da proibição de admissibilidade da prova ilícita, as quais, fatalmente, tendem a se chocar, quando o réu precisar requerer e produzir a prova em defesa de sua liberdade e do *jus puniendi* estatal. Nesse particular, boa parte da doutrina e da jurisprudência entende que o choque entre os princípios citados encontra resolução na preponderância do interesse jurídico mais valioso⁷⁶, o que, nessa ótica, reside na ampla defesa do réu.⁷⁷

Isto porque, à defesa cumpre obrar não apenas reativamente, mas também de modo proativo, com o conhecimento dos elementos de prova que compõe a persecução penal

⁷⁶ Ponto assaz abordado por TARUFFO, ao esclarecer que: “*Por un lado, como se ha dicho anteriormente, no está en duda que la verdad de la cual se puede hablar en el ámbito del proceso es relativa, contextual, aproximada y dependiente de la cantidad y la calidad de la informaciones que las pruebas introducen en el proceso. Por otro lado, sin embargo, eso no implica que el valor de la verdad se tiene que poner en el mismo plano de cualquier otro valor o interés que pueda tener alguna relevancia, ni mucho menos que el valor representado por la búsqueda de la verdad debe sacrificarse siempre para dar la prioridad a cualquier otro valor o interés que, por alguna razón, pueda entrar en conflicto con la búsqueda de la verdad. El problema, entonces, no se resuelve simplemente con constatar que estos factores necesariamente tienen que tener prevalencia. Lo que hace falta es, en cambio, una más apropiada calificación del valor representado por la verdad en el ámbito del proceso*”. In: TARUFFO, Michele (2013) *Verdad, prueba y motivación en la decisión sobre los hechos*. México: Tribunal Electoral de Poder Judicial de la Federación. pp.40/41.

⁷⁷ Com argumento a favor do direito de defesa, é curial rememorar, íncrito julgado do STF no RMS 28517/DF, decidido em 25/03/2014, do qual sublinha-se singular trecho: “Mostra-se claramente lesiva à cláusula constitucional do “due process” a supressão, por exclusiva deliberação administrativa, do direito à prova, que, por compor o próprio estatuto constitucional do direito de defesa, deve ter o seu exercício plenamente respeitado pelas autoridades e agentes administrativos, que não podem impedir que o administrado produza os elementos de informação por ele considerados imprescindíveis e que sejam eventualmente capazes, até mesmo, de infirmar a pretensão punitiva da Pública Administração.”

para resistir sobre a pretensão acusatória das mais diversas maneiras (Prado, 2014, pp. 41/42).

Nessa perspectiva, argumenta-se que a aceitabilidade de uma prova ilegal produzida pela defesa de réu, seria possível porque a essência restritiva da inadmissibilidade da prova ilícita na CRFB objetiva proteger os indivíduos contra as arbitrariedades e abusos do Estado-acusador (Rangel, 2011, p. 434), assim, se não for aceito a defesa lançar mão de toda e qualquer prova para demonstrar a inocência, inclusive as ilícitas, o espírito da regra protetiva volta-se contra quem ela aspirava defender.⁷⁸

Na disputa entre a vedação de ilicitude da prova e o direito à prova da inocência, resta translúcido que essa última assertiva deve preponderar, em atenção às invencíveis grandezas da liberdade e dignidade da pessoa humana e principalmente ante a aritmética que o Estado não deve condenar um inocente (Gomes Filho, 1997, p. 107). Dentro desse contexto, Oliveira (2009, p. 74) finaliza: **“sempre será possível justificar a absolvição de um efetivamente culpado; já a condenação de um concretamente inocente não. O custo social é impagável”**.

3.5.1.2 - As excludentes de antijuridicidade e as provas ilícitas.

Majoritária doutrina penal (Távora e Alencar, 2011, p. 374) reivindica o uso da chamada **teoria da exclusão da ilicitude da prova** nos casos em que a realização de uma prova, com feições iniciais de ilegalidade, a qual seria válida e justificável, por ter sido efetivada sob o amparo das excludentes de antijuridicidade previstas na legislação criminal.

Previstas no artigo 23, do CPB, a legítima defesa, o estado de necessidade, o estrito cumprimento de um dever legal e o exercício regular de um direito operam como causas justificantes⁷⁹ e permissivas à supressão ou minoração de um bem jurídico defendido pela lei (também em matéria de prova), nas situações em que outro bem jurídico de valor mais

⁷⁸ Ideal consentâneo com o Estado Democrático de Direitos e a proteção da dignidade humana, conforme realça a doutrina brasileira, ecoada nas vozes de: CAPEZ, Fernando (2013) *Curso de Processo Penal*. 20ª ed. São Paulo: Saraiva. p.380; e, GRINOVER, Ada P. (2004) *As nulidades no processo penal*. Ob. Cit. p.116.

⁷⁹ Em comentário do tema, explicita JOPPERT que o artigo 23 do CPB definiu as causas que excluem a ilicitude de um fato típico penal, também conhecidas como descriminantes ou justificantes, às quais podem ser previstas em lei (denominadas de causas legais de exclusão de antijuridicidade) ou então serem provenientes, analogicamente, de regras consuetudinárias ou de normas de outros ramos do direito que tenham efeitos permissíveis ao comportamento em primeira análise ilícito (denominadas de causas supralegais de exclusão de ilicitude). Vide: JOPPERT, Alexandre C. (2008) *Fundamentos de Direito Penal: Aplicação da Lei Penal, Teoria Geral do Crime e Concurso de Agentes*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris. p.242.

elevado corra o risco violado ou sofra agressão injusta.⁸⁰ Exemplifique-se o refém de sequestro que subtrai sorrateira e ilicitamente um celular de outrem (furto) com objetivo de fazer prova e identificação dos perpetradores do crime e também comunicar-se com autoridades, no amparo da preservação de seu direito de ir e vir (mobilidade cerceada). A consecução da prova com ofensa ao direito patrimonial justifica-se ante a defesa de bem fundamental à existência humana: a liberdade.

Na esteira desse pensamento, apostila Lopes Jr (2014, pp. 430/431), que o acusado indevidamente imputado de infração penal está acobertado pelas justificantes de legítima defesa ou estado de necessidade ou excludente de culpabilidade de inexibibilidade de conduta diversa, quando busca provar sua inocência, ao fazer uso de prova obtida por meio ilícito, posto que **“a condenação de um inocente fere de morte o valor “justiça”, pois o princípio supremo é o da proteção dos inocentes no processo penal”**, o que legitima, perfeitamente o uso da prova proscrita pelos injustamente acusados em lides criminais.

3.5.2 - A (in) admissibilidade da prova ilícita em favor da *sociedade*.

Em via paralela à questão permissiva do uso da prova ilícita em prol do réu, comparecem as teorias que admitem, em casos extravagantes, a aplicação e a utilidade de provas com marcas de ilicitude nos processos criminais, em obséquio da sociedade.

Os defensores dessas situações infrequentes da admissibilidade de elemento de prova ilegal em favor da sociedade,⁸¹ sedimentam suas premissas, entre outros argumentos, na ideia ampla de que o seio social se molda da multiplicidade de integrantes, todos interligados. Por consequência, os direitos e garantias individuais representam, em

⁸⁰ Nesse sentido, decide o STF, ao admitir a licitude de gravação telefônica, sem o consentimento do outro que participa do diálogo, com fins de produzir prova, em legítima defesa, nos termos dos arestos cunhados no Recurso Extraordinário 212.081-2/RO, julgado em 05/12/1997, *verbis*: “Captação, por meio de fita magnética, de conversa entre presentes, ou seja, a chamada gravação ambiental, autorizada por um dos interlocutores, vítima de concussão, sem o conhecimento dos demais. Ilícitude da prova excluída por Caracterizar-se o exercício de legítima defesa de quem a produziu” e no decisório do Habeas Corpus 74.678-1/SP, de 10/06/1997, do qual cito trecho apropriado à *vexata quaestio*: “Afastada a ilicitude de tal conduta – a de, por legítima defesa, fazer gravar e divulgar conversa telefônica ainda que não haja o conhecimento do terceiro que está praticando o crime – é ela, por via de consequência, lícita e, também consequentemente, essa gravação não pode ser tida como prova ilícita, para invocar-se o art.5º, LVI, da Constituição, com fundamento em que houve violação da intimidade (art. 5º, X, da Carta Magna)”.

⁸¹ O sábio Alighieri, séculos atrás, laborou a teoria de que as normas jurídicas e a sociedade estão umbilicalmente ligadas, sendo o sucesso ou o fracasso da sociedade diretamente conectado ao êxito e equidade das regras de direito, assim sintetizado o pensamento: “o direito é uma proporção real e pessoal de homem para homem que, servida, serve a sociedade, e, corrompida, a corrompe.” Na versão original, *verbis*: “*ius est realis et personalis hominis ad hominem proportio, que servata hominum servat societatem, et corrupta corrumpit*”. In: ALIGHIERI, Dante (1999). *De Monarchia – Liber Secundus*, Tomo V. Roma: Istituto dell’Enciclopedia Italiana. p.16

verdade, salvaguardas específicas para proteção geral da coletividade.⁸² Ademais o combate da criminalidade urgente, das organizações criminosas e dos delitos graves, traz à luz, nos casos práticos, possibilidades de aceitação da prova à primeira vista inquinada de ilegalidade, seja para proteger a vítima do delinquente, seja para a promoção de bem comum coletivo⁸³, sopesando valores, virtudes e grandezas, em estima do coletivo social.⁸⁴

3.5.2.1 - Defesa da coletividade *versus* Combate à delinquência individual

De igual sorte ao esposado em parágrafos anteriores, a defesa da coletividade em casos concretos autoriza o Estado juiz à ponderação de liberdades e garantias individuais através da razoabilidade e proporcionalidade dos princípios constitucionais que defendem o grupo social sopesados em contraponto aos mandamentos protetivos do cidadão singularmente considerado.

No dizer de Reale Jr (2011, pp.133/134), trata-se *in casu* de colisão não só de princípios, mas, principalmente, choque de valores, a ser resolvido por processo de ponderação axiomático. Segundo este autor, existiriam “valores elementares” basilares à formação da própria comunidade (núcleo fundamental da coletividade), os quais inadmitem ser ofuscados pelo exercício de outros direitos fundamentais, sob o gravame de toda a essência da sociedade ser vítima.⁸⁵ Entre eles é válido citar: a dignidade da pessoa

⁸² Nesse caminho, segue passo firme, Michelangelo Bovero, *verbis*: “as relações sociais não são fundadas apenas no arbítrio dos sujeitos e na particularidade das ações individuais, como nas representações da ‘societas naturalis’, onde são apenas relações intersubjetivas, tecido de relações sempre constantemente desfeito e refeito (...), mas se funda também no princípio oposto da universalidade, na qual os indivíduos, mesmo na sua independência formal, são necessariamente vinculados.” Vide: BOBBIO, Norberto; BOVERO, Michelangelo (1996) *Sociedade e Estado na Filosofia Política Moderna*. Ob. Cit. p.141.

⁸³ Em nota que trilha esse rumo, explicita Azevedo, *verbis*: “As restrições legais feitas às atividades policiais, ao tempo que preservam a manutenção de Estados democráticos, onde os direitos e as garantias individuais são os seus alicerces, comprometem a eficácia nas ações dos órgãos de inteligência e segurança pública, que, inegavelmente, buscam maior atuação na órbita dos direitos constitucionalmente assegurados aos cidadãos.” In: AZEVEDO, Daniel L. de (2002) *Atividade de Inteligência na prevenção do crime organizado*. Brasília: ABIN. p.02.

⁸⁴ Na construção teórica acerca da função social de um novo Direito Criminal e o papel das penas no mundo jurídico, Günther Jackobs contextualiza: “a pena não se dirige principalmente a coagir os potenciais autores de futuras infrações, mas tem por destinatários todos os membros da sociedade, como potenciais vítimas delas, para assegurá-los na vigência da norma infringida.” Vide: PEÑARANDA RAMOS, Enrique; GONZÁLEZ, Carlos S.; MELIÁ, Manuel C. (2003) *Um Novo Sistema do Direito Penal: Considerações sobre a Teoria de Günther Jakobs*. Tradução: André Luis Callegari; Nereu José Giacomolli. Barueri: Manole. p.05.

⁸⁵ Com árida linguagem do discurso racional, o pensador alemão IHERING, em posição radical, critica as concepções de direito que desprezam os direitos individuais dos criminosos em prejuízo das vítimas dos delinquentes, senão vejamos: “O direito é uma ideia prática, isto é, designa um fim, e, como toda a ideia de tendência, é essencialmente dupla, porque contém em si uma antítese, o fim e o meio. (...) Verdade é que os novos sábios reconhecem esse direito em princípio, mas cheios dessa simpatia pelo criminoso que os legistas do direito civil e do processo tinham pelo devedor, procuram limitá-lo e enfraquecê-lo na prática e de tal arte

humana, a igualdade entre as pessoas, a defesa da paz, entre outros. Nesse elastério, a solução lançada mão pela jurisprudência e doutrina constitucionalista contemporânea leva em conta a aplicação dos elementos que integram o princípio ou postulado da proporcionalidade, quais sejam: a **adequação** (aptidão para produzir o resultado desejado), a **necessidade** (inevitabilidade de outro meio menos gravoso e igualmente eficaz) e a **proporcionalidade em sentido estrito** (relação ponderada entre o grau de restrição de um princípio e o grau de realização do princípio contraposto).

Observe-se, por exemplo, um processo penal com acusação de racismo, em que a defesa do réu argumenta que o crime tenha sido cometido sob o pálio da liberdade de expressão. Como é consabido, a igualdade racial é fundamento do Estado Brasileiro assentado no pilar da dignidade da pessoa humana e na isonomia entre os cidadãos. Na mesma Lei Fundamental soergue-se a liberdade de expressão, como conquista de todos, em ojeriza à censura que tanto vitimou os brasileiros em tempos pretéritos de ditadura.

No particular estudo apenas da colisão destes dois institutos de assento constitucional, imperiosa a análise da **adequação** da condenação de um acusado de racismo, estar de encontro à salvaguarda de uma sociedade pluralista agredida como um todo pela ofensa racial; em complemento, com a aplicação de uma pena realmente **necessária**, não podendo se encontrar um meio menos gravoso; e, por fim, na constatação do requisito da **proporcionalidade em sentido estrito** enquanto define-se que a decisão condenatória é adequada em nome não se sacrificar bens jurídicos de base constitucional de maior relevância como é o caso da defesa à dignidade humana independente de raça, em oposto à expressão livre e democrática.⁸⁶

Outros casos concretos em que o direito da coletividade seja colocado em oposição ao direito individual podem ser resolvidos em prol da sociedade tendo em vista as circunstâncias específicas da questão real posta a exame e a indicação de quais são os valores essenciais que o bom direito pretende proteger e para a manutenção da lógica em que se fundamenta a fruição dos próprios direitos e garantias fundamentais,

que o criminoso é, na maior parte dos casos, protegido com detrimento do atacado que fica sem defesa. (...) Esta doutrina da covardia, da obrigação de sacrificar o ouro que se nos quer arrancar, é o ponto da ciência mais oposto à teoria que temos defendido e que faz, ao contrário, da ardente luta pelo direito, um estrito dever.” In: IHERING, Rudolf V. (2009) *A luta pelo Direito*. Ob.Cit. pp. 22/56.

⁸⁶ Como dito pelo ministro CELSO DE MELLO em julgamento de caso na Suprema Corte Brasileira sobre o assunto, *verbis*: “Sobre a liberdade de manifestação de pensamento devem incidir limitações de ordem jurídica, destinadas, de um lado, a proteger a integridade do interesse social e, de outro, a assegurar a coexistência harmoniosa das liberdades, em face de nítidos propósitos criminosos de estímulo à intolerância e de incitação ao ódio racial.” Vide: Habeas Corpus - STF nº 82.424/RS.

principalmente, quando se tente invocar uma garantia constitucional com o intuito de acobertar uma prática criminosa.

Como bem reverbera Paulo e Alexandrino (2007, p. 173), o delinquente que comete ato ilícito, em desrespeito a direitos fundamentais de outrem, não pode lançar mão da alegativa de ilicitude das provas que identificaram a materialidade e autoria infracionais contra si, na tentativa de imiscuir-se da responsabilidade criminal. Nesse diapasão, os Tribunais Brasileiros redigem orientações que admitem, por exemplo, a gravação de conversa própria da vítima de proposta criminosa de outrem⁸⁷, o afastamento do direito à intimidade, em caso de revista pessoal que identifique, no revistado, o porte de entorpecentes⁸⁸ e a prevalência da segurança de unidade prisional, em desfavor do sigilo das correspondências.⁸⁹

3.5.2.2 - Proteção da vítima em situações emergenciais

Os direitos fundamentais da vida, liberdade, integridade física e dignidade humana, via de regra, quando estão na iminência ou na ameaça de serem turbados ou violados, tem em comum uma circunstância fatal e decisiva na proteção e defesa desses direitos pelas autoridades: o decurso do tempo.

A criminalidade não respeita idênticas regras de conduta e leis materiais e processuais a que são submetidas a coletividade. Por isso, os potenciais assassinos, sequestradores e agressores atuam com velocidade que escapa à capacidade normal do Estado de contrapor-se, em igual agilidade, aos processos danosos praticados por estes delinquentes, na maioria das vezes. Essas situações extraordinárias de enfrentamento das infrações graves lesivas a direitos fundamentais dos cidadãos colocam em cheque, a possibilidade de admitir a excepcional colheita e formação de prova investigativa sem

⁸⁷ Consoante decisão do STF, solidificada a partir do julgamento da Corte Suprema no HC 75338/RJ, de 11/03/1998, em que se assentou: “É lícita a gravação de conversa telefônica feita por um dos interlocutores, ou com sua autorização, sem ciência do outro, quando há investida criminosa deste último. É inconsistente e fere o senso comum falar-se em violação do direito à privacidade quando o interlocutor grava diálogo com sequestradores, estelionatários ou qualquer tipo de chantagista”.

⁸⁸ Vide julgado do STJ, no acórdão do HC 328843, de 09/11/2015, em trecho relevante que afirma: “Não se configura a ilicitude da prova decorrente de revista íntima na qual se encontraram entorpecentes no corpo de denunciada, se tal procedimento não excedeu os limites do objetivo do ato, que é a garantia da segurança pública quando da entrada de visitantes em estabelecimentos prisionais”

⁸⁹ Posicionamento seguro, do decisório do STF, no HC 70.814-5/SP, de 01/03/1994, do qual, se extrai no cerne do julgado, *verbis*: “A administração penitenciária, com fundamento em razões de segurança pública, de disciplina prisional ou de preservação da ordem jurídica, pode, sempre excepcionalmente, e desde que respeitada a norma inscrita no art. 41, parágrafo único, da Lei n. 7.210/84, proceder a interceptação da correspondência remetida pelos sentenciados, eis que a cláusula tutelar da inviolabilidade do sigilo epistolar não pode constituir instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas.”

alguns formalismos exigidos pela lei,⁹⁰ nos casos concretos, onde a compressão do tempo não permita a obtenção destes dados probatórios nos estreitos limites previstos pela legislação, sem comprometer as ações estatais capazes evitar e salvaguardar a imediata ou iminente violação de bens jurídicos essenciais à natureza humana.

Não se quer aqui, permitir toda e qualquer ruptura do ordenamento jurídico cunhado à obtenção da prova. Pelo contrário. O que se sustenta é necessária adoção de medidas em defesa de direitos basilares da humanidade, em estritas e específicas situações emergenciais em que a demora na consecução dos procedimentos legais para trazer à luz determinada prova, pode condenar, literalmente, à morte, as vítimas de crimes graves.

Circunstâncias urgentes com o objetivo de salvaguardar direitos fundamentais de vítimas, em casos de extrema necessidade e perigo, podem admitir o uso extravagante de prova com carências de requisitos legais formais, tal como o caso de um sequestro, onde a interceptação de comunicações dos sequestradores com ofensa ao sigilo de correspondências constitucionalmente sedimentado, seria palatável, se a iminência do risco de vida dos reféns não permitissem que as autoridade policiais obtivessem, em tempo hábil, a necessária autorização judicial para identificar a localidade do cárcere ilegal e assim libertar as vítimas (Carvalho, 2009, p. 99).

Trata-se de ponderação de princípios constitucionais em aparente conflito, no qual prevalece o direito fundamental da vida ou da liberdade, em detrimento da admissibilidade da prova ilícita (por infringência de pressupostos formais à sua consecução), nas estritas e excêntricas situações em que a emergência para a preservação dos aludidos direitos fundamentais, revelar-se imperiosa e inadiável.

3.5.2.3 - A macrocriminalidade: organizações criminosas e delitos graves.

O crescente movimento do crime organizado trouxe à sociedade uma ânsia por alternativas no combate das organizações criminosas que antes eram apenas um conluio de infratores com esforços conjuntos e compartilhamento de quinhões produto do delito (Vergueiro, 2009, p. 69) e hoje representam complexas e articuladas empresas do crime,

⁹⁰ À guisa de ilustração, recorde-se decisão do STJ, no aresto do HC 252156, de 03/02/2015, a qual, em passagem importante, chancela: “SEQUESTRO E CÁRCERE PRIVADO. ILICITUDE DA PROVA OBTIDA COM A BUSCA E APREENSÃO. ERRO MATERIAL NO MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO. IRRELEVÂNCIA. DILIGÊNCIA REALIZADA NO ENDEREÇO CORRETO DOS INVESTIGADOS. 1. A simples divergência em um número constante do mandado de busca e apreensão, que evidentemente constitui um erro material, não é suficiente para macular a diligência, já que foi realizada no endereço correto dos investigados, local em que foi encontrado o veículo que teria sido utilizado na prática do crime.”

em um ambiente globalizado e transnacional de múltiplos criminosos (Hobsbawn, 2013, p. 144).

Estas verdadeiras corporações do crime, exploram à margem de lei, as mais vultosas atividades delitivas (a exemplo do comércio ilegal de armas, de grupos de extermínio, do tráfico de pessoas, da corrupção governamental e da lavagem de ativos) e estão extremamente preparadas a aproveitar das falhas legislativas e das briosas premissas do direito penal para garantir sua impunidade, mormente lançando mão de argumentos que atentam à licitude da prova.

Questão similar vivencia-se nos delitos de natureza grave, assim entendidos pela Magna Carta Brasileira, os quais recebem tratamento mais severo pelo texto constitucional, tendo em conta a indignação e instabilidade social que estes provocam, entre eles: a tortura, o terrorismo, o tráfico ilícito de entorpecentes e os crimes hediondos capitulados na Lei nº. 8.072/90 (art. 5º, XLIII, CRFB).

Nesses delitos graves, assim como nas organizações criminosas, os bens jurídicos ofendidos são de tamanha envergadura, que o poder público se empenha ao máximo na busca da produção e formação de provas hábeis a condenar os infratores, inclusive com uso de mecanismos diferenciados de investigação e meios distintos de construção probatória, excepcionais às liberdades e garantias previstas na Lei Fundamental (interceptações de comunicações, afastamento de sigilos constitucionais, rompimento de segredos financeiros e de dados, etc).

Célebre defensor dos Direitos Humanos, o jurista Zaffaroni (1996, p. 57) aborda que, no prélio à criminalidade, o embate entre bens jurídicos salvaguardados pelo Direito Penal deve ser solucionado em favor do que bem que tiver maior valor para o homem, a saber:

“Não se deve confundir a ação estatal, tendente a descobrir e condenar um culpado, com a que este deve empregar para salvar uma vida humana ou outro bem jurídico importante que está sendo agredido ou que se encontre em perigo iminente de agressão. Neste último caso nos deparamos com uma medida policial e não penal e os bens jurídicos que entram em colisão são a vida ou a integridade física ou a liberdade de uma pessoa inocente e a administração da justiça, devendo sempre inclinar-

se pela primeira em razão da conhecida ponderação de bens jurídicos (ou ponderação de males) do estado de necessidade.”

A Carta Republicana Brasileira, na esteira de normas internacionais, como a Convenção de Palermo, em nome da preservação do Estado Democrático de Direitos, permitiu ao legislador federal a adoção de normas específicas a repressão de delitos praticados por sociedades criminosas organizadas, manancial responsável pela criação da recente Lei das Organizações Criminosas (Lei nº 12.850 de 02 de agosto de 2013).⁹¹

No miolo do neófito normativo, houve a previsão de diversos mecanismos de combate às organizações empreitadas criminosas, com viés *pro societate*. Cite-se o exemplo das modernas composições investigativas e meios de obtenção de provas, utilizáveis em qualquer fase da persecução penal, entre eles: a colaboração premiada; a captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos e acústicos; a ação controlada; a interceptação e o acesso a registros e dados telefônicos e telemáticos; o afastamento de sigilos financeiro, bancário e fiscal; a infiltração policial; e a cooperação entre instituições na busca de provas e informações.

Conforme, salienta Cunha e Pinto (2014, p. 28), todos os citados instrumentos e formas de obtenção probatória, ressalte-se, tem o acompanhamento do Judiciário que determina e chancela as medidas excepcionais de formação da prova em desfavor da criminalidade organizada, e, assim, frente à cada situação em concreto, o Estado-juiz pondera os valores envolvidos e decide em favor da coletividade, nos casos que assim se impuser o interesse preponderante.

A questão que se coloca em destaque é que as organizações criminosas se revelam um fenômeno criminal distinto da delinquência convencional e por isso demanda um diferenciado olhar combativo das autoridades constituídas. Com efeito, os “organismos criminosos” corporificam-se como se fossem seres vivos, heterogêneos por excelência, com funções e atividades diferentes e cambiantes dentro desse “corpo social delitivo”, o que dificulta sobremaneira o seu estudo, sua investigação, bem como a formação e análise

⁹¹ O doutrinador HAYASHI salienta que a nova Lei nº 12.850/2013 “estabeleceu inúmeros crimes cuja meta principal é garantir o resultado útil da investigação policial, evitando prejuízos ao trabalho da polícia judiciária durante a colheita dos elementos de informação e de provas” ressaltando inclusive a criação de tipo penal específico de obstrução de justiça e violação do sigilo das investigações, criminalizando a conduta que “impede ou, de qualquer forma, embaraça a investigação de infração penal que envolva organização criminosa”. In, HAYASHI, Felipe Eduardo H. (2015) *Corrupção: combate transnacional, compliance e investigação criminal*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris. p.126.

da prova, capaz de individualizar condutas dentro da “agremiação de infratores” (Bonfim, 2012, pp.224/225).

No enfrentamento dessas corporações do crime, o interesse da coletividade merece preponderar, até porque, tanto ramificadas quanto são atividades criminais e os resultados maleficamente produzidos por estas orquestras de delinquentes, que também é difícil definir quem são as pessoas mais atingidas pelos delitos perpetrados. Afinal, uma organização criminosa terrorista que ameaça uma cidade ou uma quadrilha de políticos que frauda à saúde de um país não atinge pessoas específicas, mas sim toda a coletividade que deles é potencial vítima.

Em adição, destacável o atual cenário de pavor nas penitenciárias brasileiras, fruto de um tipo nefasto de organização delinquente: as facções do crime. Verdadeiro amálgama de infratores perigosos de todas as ordens (assassinos, latrocidistas, traficantes de drogas, assaltantes de bancos, entre outros), modalidade de associação delitiva que implementa políticas de violência exacerbada e aterrorização da população, como estratégia de dominação de território do crime e oposição às autoridades governamentais.⁹²

Ações convencionais de debelação de condutas infracionais corriqueiras não são capazes de fazer frente às facções criminosas, na identificação das lideranças e das atribuições desempenhadas, por cada um dos membros, no bojo do grupo delitivo.⁹³ Nesta hora que a preservação da paz pública e da ordem social, ameaçadas pelas práticas de terror e barbárie das facções, pesa na balança do direito a permitir o excepcionalíssimo uso de mecanismos de prova penal (*verbi gratia*: interceptação telefônica, infiltração policial, buscas pessoais e domiciliares), que possam operar na prevenção, investigação e combate desta modalidade cruel e perversa de organização criminosa.

⁹² Ao perscrutar o tema, Silva Filho chancela: “A omissão do Estado e a ausência de políticas públicas sérias, capazes de suprir as necessidades de sua população carcerária, foram as principais responsáveis pelo aumento da criminalidade e pelo nascimento das principais facções criminosas que atuam no país”. Vide: SILVA FILHO, Gaspar P. (2012) *Facção Criminosa*. In: *Crime Organizado*. São Paulo: Saraiva. p.144.

⁹³ Com ricos detalhes sobre a criminalidade transnacional e a imperiosa necessidade de um tratamento jurídico diferenciado em relação aos delitos comuns, Silva Sanches prega: “*El Derecho penal de la globalización no es, sin embargo, todo el Derecho penal. Como se indicó al inicio, se concentra en la delincuencia económica u organizada y en modalidades delictivas conexas con éstas. De ahí que se produzca un cambio significativo en cuanto al modelo de delito que sirve de referencia a la construcción dogmática: En lugar del homicidio del autor individual se trata, por ejemplo, de abordar actos de corrupción realizados por una empresa que, a su vez, comete delitos económicos. A partir de tal constatación, se produce una importante disyuntiva: o bien se acomete una sectorialización de las reglas de la Parte General del Derecho penal, o bien se asume que, debido a la poderosa fuerza atractiva de la nueva criminalidad, también las modalidades clásicas de delincuencia vean modificadas las reglas por las que se han venido rigiendo.*” In: SILVA SANCHES, Jesús-María. (2001) *La Expansión del Derecho Penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. 2ª.ed, Madrid: Civitas Ediciones. pp.90/91.

Dito tudo isso, forçoso reconhecer que o sucesso da devida responsabilização penal dos integrantes de organizações criminosas perpassa pela singular observância da produção das provas no âmbito da investigação policial. Os investigatórios criminais capitaneados pelos Delegados de Polícia são os responsáveis pela coleta e obtenção dos pulsantes e primários elementos de prova de um delito. Isto porque a elucidação exitosa de materialidade e autoria das infrações penais é diretamente vinculada à celeridade⁹⁴ com que as medidas persecutórias são envidadas.⁹⁵

Com efeito, o que se pretende salientar é que o trabalho policial, em um sem número de vezes, depara-se, com dados, elementos e evidências da ocorrência de ilícitos consumados ou tentados, dos quais a legalidade da colheita da prova, via de regra, é questionada judicialmente, sem se considerar que o empenho das autoridades policiais é o de coibir, prevenir e combater a criminalidade, com os meios e mecanismos que dispõe naquele momento.⁹⁶

Nesse horizonte, impende diagramar a jurisprudência da Suprema Corte Americana, no julgamento do caso *Riley v. California*, no qual, David Leon Riley, cidadão estadunidense, em 22/8/2009 foi abordado pela Polícia de San Diego, que encontrou duas armas de fogo no interior do capô do seu automóvel, o que levou os policiais a empreender busca veicular, da qual identificaram no telefone celular do Riley que este fazia parte de uma gangue envolvida em vários assassinatos, prendendo-o, por isso. Durante o julgamento a defesa de Riley arguiu a ilegalidade do acesso ao celular, por entender ilícita a busca no aparelho, tendo em conta a preservação do sigilo das comunicações e da intimidade de Riley (Quarta Emenda da Constituição Norte Americana). A Corte Excelsa

⁹⁴ Conforme decidiu o Pretório Excelso Brasileiro, por obra do julgamento do HC 91867/PA decidido em 24/04/2012, em análise do artigo 6º do CPP restou patente que as autoridades policiais devem, no mais breve tempo possível, reunir elementos de prova capazes de desvelar os crimes que se apresentam naquele instante, sem que isso venha a comprometer a licitude da obtenção destas provas. Rememoro, parte relevante do citado julgado: “Art. 6º do CPP: dever da autoridade policial de proceder à coleta do material comprobatório da prática da infração penal. Ao proceder à pesquisa na agenda eletrônica dos aparelhos devidamente apreendidos, meio material indireto de prova, a autoridade policial, cumprindo o seu mister, buscou, unicamente, colher elementos de informação hábeis a esclarecer a autoria e a materialidade do delito (dessa análise logrou encontrar ligações entre o executor do homicídio e o ora paciente). Verificação que permitiu a orientação inicial da linha investigatória a ser adotada, possibilitou concluir que os aparelhos seriam relevantes para a investigação.”

⁹⁵ Como obtempera ALBECHE, a investigação criminal é governada pelo princípio da imediatidade, pois, o “tempo, em regra, atua contra os indícios, já que poderão ser consumidos ou alterados, prejudicando o trabalho pericial ou a colheita de depoimentos testemunhais fidedignos, por exemplo.” ALBECHE, Thiago S. G. (2015) *O Tratamento da Prova Ilícita no Inquérito Policial*. Manaus: DELTAJURIS – Revista Jurídica dos Delegados de Polícia do Estado do Amazonas. p.275.

⁹⁶ Por óbvio, as peculiaridades de cada caso devem iluminar licitude na conduta dos policiais que diante da constatação de um crime, realizam a reunião de todo o material probante daquele ilícito, no instante em que o crime for verificado. Isso não é uma faculdade, mas sim um dever da polícia, no exercício do seu mister.

dos EUA referendou a decisão de primeira instância que validava todas as provas, ao entender que Estado-investigador está autorizado a aproveitar objetos sob o controle de um detido e realizar buscas sem mandado no desiderato de preservação de provas e defesa da sociedade (sobretudo, na ocorrência de um crime grave, como é o caso de uma gangue de homicidas).⁹⁷

Em capítulo privilegiado sobre o assunto, o célebre doutrinador, Silva (2016, pp. 157/158) alerta para o perigoso superdimensionamento dos direitos individuais com fins de inquinar nulidade a trabalhos investigativos acrisolados e lícitos ou de causar anulabilidade de provas produzidas dentro da lei. Explica o autor, que o imbricado e exacerbado sistema de formalismos legais na consecução da prova indiciária⁹⁸, em sede de investigação policial, muitas vezes, leva a entendimentos judiciais pela nulidade completa de trabalhos investigativos vigorosos, detalhados e complexos, os quais, considerado o elevado e arguto labor de inteligência e tecnicidade da prova produzida, não mereceriam ser anulados por completo, principalmente, em casos de responsabilização da criminalidade organizada. Assinala Silva (2016, pp. 157/158), *ipssima verba*:

“Se é certo que o Estado-juiz deve cuidar para que não sejam cometidos excessos no curso das investigações levadas a efeito pelo Estado-investigação, é igualmente fato que ele deve ser cauteloso com o fito de não superdimensionar direitos individuais em detrimento do interesse de toda a sociedade, gerando como dito supra, funesta sensação de impunidade. Anos de investigação, dinheiro público e esmero na produção de provas robustas e técnicas não podem ser sumariamente

⁹⁷ SUPREME COURT OF THE UNITED STATES Syllabus RILEY v. CALIFORNIA CERTIORARI TO THE COURT OF APPEAL OF CALIFORNIA, FOURTH APPELLATE DISTRICT, DIVISION ONE No. 13–132. Argued April 29, 2014—Decided June 25, 2014* In No. 13–132, “petitioner Riley was stopped for a traffic violation, which eventually led to his arrest on weapons charges. An officer searching Riley incident to the arrest seized a cell phone from Riley’s pants pocket. The officer accessed information on the phone and noticed the repeated use of a term associated with a street gang. At the police station two hours later, a detective specializing in gangs further examined the phone’s digital contents. Based in part on photographs and videos that the detective found, the State charged Riley in connection with a shooting that had occurred a few weeks earlier and sought an enhanced sentence based on Riley’s gang membership. Riley moved to suppress all evidence that the police had obtained from his cell phone. The trial court denied the motion, and Riley was convicted. The California Court of Appeal affirmed.”

⁹⁸ Edícula à parte, destaca NUCCI, que o **indício** “é uma prova indireta, formada por determinada circunstância conhecida e provada – logo, segura – que possui ligação com o fato principal, autorizando, por indução (raciocínio autorizador da ampliação do conhecimento pelo número de amostras válidas coletadas), concluir-se pela existência de diversa circunstância ou várias outras.” NUCCI, Guilherme de S. (2015) *Corrupção e Anticorrupção*. Rio de Janeiro: Forense. p.32.

descartados sob o argumento da proteção dos direitos individuais dos que se locupletam do erário e contribuem para o atraso do nosso país. ”

Em arremate terminativo deste tópico, inegável sublinhar que o crescimento da criminalidade global denota um descompasso na equação liberdade *versus* segurança (Moreira, 2013, p. 109)⁹⁹ Não se espera equilibrar esse desnível com a supressão das fundamentais garantias e direitos individuais, contudo, jaz indispensável encontrar um adequado ponto de estabilidade entre a manutenção do **garantismo penal** e o poder-dever governamental de investigar, processar e punir àqueles que pautam sua vida pelo crime, notadamente no enfrentamento a nociva macrocriminalidade organizada (Carneiro, 2012, p. 379).

4 - AS TEORIAS ATENUANTES DO ILÍCITO PROBATÓRIO

4.1 - EXCEPCIONALIDADES À ILICITUDE DA PROVA NO DIREITO CONTEMPORÂNEO

A construção das normas, princípios e preceitos jurídicos como conhecemos, emana da coerência deontológica de que toda regra de direito é concebida a partir de um antecedente racional que justifica e fundamenta um consequente enunciado, o qual prescreve o regulamento jurídico e as condutas permissivas ou proibitivas nele insertas.¹⁰⁰

Nessa ordem de ideias, os comportamentos determinados ou proscritos pelos comandos normativos abstratamente idealizados pelo legislador encontram, na realidade social, o teste cardinal do binômio aplicabilidade e utilidade da regra jurídica para o seu desiderato principal: a pacificação social. Entretanto, nem sempre o mandamento contido

⁹⁹ “A fraqueza dos sistemas abstratos não está somente em sua posição defensiva contra a política criminal, mas, geralmente, no desprezo pelas peculiaridades do caso concreto, no fato de que, em muitos casos, a segurança jurídica seja salva às custas da justiça.” ROXIN, Claus (2000) *Política criminal e sistema jurídico-penal*. Tradução: Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar. p.85.

¹⁰⁰ A Teoria Pura do Direito de Kelsen, organiza essa premissa ao dispor que: “O sistema de normas que se apresenta como uma ordem jurídica tem essencialmente um caráter dinâmico. Uma norma jurídica não vale porque tem um determinado conteúdo, quer dizer, porque o seu conteúdo pode ser deduzido pela vida de um raciocínio lógico do de uma norma fundamental pressuposta, mas porque é criada por uma forma determinada - em última análise, por uma forma fixada por uma norma fundamental pressuposta. Por isso, e somente por isso, pertence ela à ordem jurídica cujas normas são criadas de conformidade com esta norma fundamental. Por isso, todo e qualquer conteúdo pode ser Direito. Não há qualquer conduta humana que, como tal, por força do seu conteúdo, esteja excluída de ser conteúdo de uma norma jurídica.” In: Kelsen, Hans (1999) *Teoria Pura do Direito*. Tradução: João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes. p.139.

na norma jurídica consegue atingir tal escopo, seja pela falibilidade da própria regra (que por vezes não atenta às necessidades e valores da coletividade), seja pela mutabilidade da sociedade (que na sua trajetória veloz de evolução, reinventa-se e modifica-se mais rápido que as normas, que pretendem discipliná-la).

Com efeito, cumpre ao intérprete das regras jurídicas aduzir uma visão lógica-analítica dos preceitos e ordenamentos indicados pela norma de direito defronte às situações do mundo real, em cotejo e balanço axiológico e teleológico das premissas jurídicas envolvidas, a fim de sanar eventuais inconsistências ou inadequações do regulamento jurígeno ao caso concreto,¹⁰¹ obviamente sem deturpar a alma da norma, mas sim no ideal máximo de melhor atingir esse espírito.

Diante desse cenário, bem se amolda o aforisma popular **“toda regra tem sua exceção”**. A excepcionalidade¹⁰² descrita nas simplórias palavras do ditado coletivo trazida ao universo jurídico, extravasa no intérprete legislativo, doutrinário e judicial a observância, quando necessário, de ressalvas que adaptem, adequem e flexibilizem o mandamento fixado pela norma às situações extraordinárias do dia-a-dia, até porque como diz o brocardo latino de direito romano *“exceptio regulam probat”* ou seja **“é a exceção que confirma a regra”**.

Na seara das provas criminais, mantém-se a lógica. Nas palavras de Cernelutti (2009, pp. 61/63), a missão do processo penal é determinar a inocência ou culpa de um acusado, o que se faz a partir das provas, meio singular de reconstruir a história e verificar se ocorreu ou não específico fato tachado como delito. Porém, a liberdade de produção de prova pelas partes do processo penal não é absoluta e por inúmeras razões o material de prova conduzido à lide penal pode estar inquinado de antijuridicidade.¹⁰³

¹⁰¹ Com a mira apontada na Convenção Europeia de Direitos Humanos, o catedrático da Universidade Italiana de Salento, Vittorio MANES, ressalta a maneira pela qual as situações reais são colocadas frente ao Judiciário, *verbis*: “O caso está no centro, portanto; e o caso é o lugar onde fato e direito se entrelaçam, em uma forma híbrida que somente com muita cautela permite destilar o princípio para aplicá-lo a uma outra, a uma diversa “fattispecie” (...), cada decisão, resolvendo de maneiras diversas o paralelograma de forças contrapostas subjacentes aos direitos em jogo, sanciona a prevalência ora de um e ora de outro, segundo as particularidades do caso concreto.” Vide: MANES, Vittorio (2011) *As Garantias Fundamentais em Matéria Penal, entre a Constituição e a Convenção Europeia de Direitos Humanos*. In: *Atas do Congresso Internacional: Direito Penal e Política Criminal no Terceiro Milênio*. Porto Alegre: EdPUCRS. pp. 94/96.

¹⁰² Do latim *exceptio*: “Ato ou efeito de excetuar. Aquilo que se exclui da regra.” Vide: HOEPPNER, Marcos G. (2007) *Minidicionário Jurídico*. Ob. Cit. pp. 278/279.

¹⁰³ Cabíveis como uma luva, as observações de BONACCORSI, a saber: “É evidente que o direito à prova implica, no plano conceitual, ampla possibilidade de utilização de quaisquer meios probatórios disponíveis. A regra é a admissibilidade das provas, e as exceções precisam ser justificadas por alguma razão relevante.”. Vide: BONACCORSI, Daniela V. (2014) *As Prova Obtidas Por Meios Ilícitos: Uma Análise de suas Consequências no Processo Penal Moderno*. Ob. Cit. p.37.

Nesse particular, o direito contemporâneo apresenta três principais teorias acerca da admissibilidade da prova ilícita, com ou sem atenuações. A primeira é a **Teoria Obstativa** que considera inaceitável o uso de qualquer prova que contenha contornos de ilicitude, pouco importando a questão factual envolvida ou os bens jurídicos postos em conflito (independente de valorações, a prova ilícita deve ser sempre rejeitada).¹⁰⁴ A segunda é a **Teoria Permissiva**, disposta em posição inversa a doutrina anterior, reconhece como válidas todas as provas, em primeira apreciação, ilícitas ou ilegítimas, caso estas sejam necessárias para o desvelamento da verdade na lide criminal (permanecem válidas as provas produzidas com carácter de ilicitude, mas interessantes ao processo penal, sendo punível o infrator que produziu aquele elemento de prova ao arripio da lei).¹⁰⁵ A terceira é a **Teoria Intermediária** erigida como ponto de equilíbrio entre os dois teoremas anteriores e que sustenta a ilicitude do material de prova penal contrário ao ordenamento jurídico, todavia, com o uso de critérios de equidade, proporcionalidade, racionalidade e valoração, acolhe eventuais e extraordinárias exceções à inadmissibilidade, notadamente, quando os casos concretos postos à Justiça assim recomendarem.¹⁰⁶

Centrado nessa proposição intermediária, os pontos que serão agitados a seguir, levantam o debate acerca de algumas situações em que tal ilicitude probante tenha a possibilidade de ser atenuada, em exceções jurídicas que aspiram, de um lado, confirmar a virtude da regra de ilicitude correspondente, e, de outra vertente, ajustar o mandamento legal pertinente a prova à realidade e às particularidades das contendas criminais hodiernas. Outrossim, saliente-se para fins didáticos, que as excepcionalidades abordadas nessa peça jurídica se limitam àquelas afetas à ilicitude da prova por derivação, tomando como cerne do estudo, o pensamento filosófico-jurídico de que nenhuma máxima,

¹⁰⁴ “A teoria obstativa – cuja denominação não é feliz, pois obstar é, fundamentalmente criar embaraços, via de regra, a pretensões legítimas – considera inadmissível a prova obtida por meio ilícito, em qualquer caso, não levando em conta a eventual relevância do direito controvertido.” In: MOLINARO, Carlos Alberto; MILHORANZA, Mariângela G. (2007) *A questão da prova ilícita vista pelos Tribunais*. Revista do Processo. v. 32. n. 145. São Paulo: Revista dos Tribunais. p.283.

¹⁰⁵ “Há muito tempo se estabeleceu como regra o princípio segundo o qual qualquer fato relevante pode ser investigado e, naturalmente, como todos os meios disponíveis. (...) Com intenção de incriminar o culpado ou absolver o inocente, todo o reino natural pode ser processualmente significativo.” Vide: BELING, Ernst Ludwig von (2013) *As Proibições de Prova como Limite para Averiguação da Verdade no Processo Penal*. In: *Proibições probatórias no processo penal*. Brasília: Gazeta Jurídica. pp. 03/04.

¹⁰⁶ “Entre esses extremos, têm-se proposto soluções mais matizadas. Pensam muitos que a complexidade do problema repele o emprego de fórmulas apriorísticas e sugere posições flexíveis. Seria mais prudente conceder ao juiz a liberdade de avaliar a situação em seus diversos aspectos; atenta a gravidade do caso, a índole da relação jurídica controvertida, a dificuldade para o litigante de demonstrar a veracidade de suas alegações mediante procedimentos perfeitamente ortodoxos, o vulto do dano causado e outras circunstâncias, o julgador decidiria qual dos interesses em conflito deve ser sacrificado, e em que medida.” In: MOREIRA, José Carlos B. (1996) *A Constituição e as Provas Ilícitamente Adquiridas*. Rio de Janeiro: Revista de Direito Administrativo. n. 11/22. p.02.

postulado, princípio, teoria ou regra deve ser aplicada a ferro-e-fogo, sem nenhum limite ou ressalva.

4.2 - CONSTRUÇÃO DAS TEORIAS ATENUANTES DA ILICITUDE PROBATÓRIA

O direito materialmente considerado, todas as vezes que não cumprido de modo espontâneo pelos cidadãos, socorre-se do processo para tornar exigível a consecução, realização e amparo dos bens jurídicos que o arcabouço normativo do Estado, se propôs a proteger.

Neste particular, no âmbito do processo civil, os elementos de prova comparecem como principal instrumento manejado pelas partes litigantes na demonstração à justiça da compatibilidade de suas pretensões com o direito vigente. Em flanco distinto, no processo penal, o material probante tem a trivalente concepção de **ferramenta** operada pelos investigadores e acusadores do poder público na averiguação da ocorrência da transgressão das normas penais e seus respectivos violadores; de **meio** facultativamente utilizado pelos defensores, na prova e contraprova em favor dos investigados ou acusados; e por fim, de **substrato** jurídico, na constância e no término da dilação processual, para o Estado-juiz alicerçar o seu convencimento acerca da existência ou não de encargo penal a ser imputado.

Pois bem, se a prova é o instrumento de mais valia do processo criminal na revelação do ilícito e da responsabilidade penal de possíveis transgressores, a compatibilidade deste utensílio com ordenamento jurídico traduz-se na pedra fundamental sobre a qual soergue-se toda a construção do processo, enquanto mecanismo de concretização da justiça penal. No entanto, a licitude da prova e dos métodos de sua produção, toma por base a conjuntura política e cultural dos países (Zilli, 2013, pp. XII/XV), pois, a consecução da prova supõe, não raro, a supressão de outros direitos, o que ocorrerá de forma mais ampla ou restrita de acordo com as peculiaridades dos sistemas normativos¹⁰⁷ e judiciais de cada nação.¹⁰⁸

¹⁰⁷ Em uma comparação acadêmica simples, entre os países, Brasil e Estados Unidos, as concepções do direito processual penal reúnem tanto similitudes quanto dessemelhanças. A despeito disso, imperioso avultar que apesar dos Estados Unidos da América e da República do Brasil serem igualmente compostos a partir do somatório indissolúvel de estados-membros, as federações brasileira e norte-americana têm sua organização interna moldada de modo completamente díspar. Enquanto no Brasil as estruturas de poder nos entes federativos apresentam-se de forma **centrífuga** (ou seja, de dentro para fora, considerando que nosso país tem a marca da unicidade e centralização decisória da União), a formatação de poder estadunidense perfaz-se de maneira **centrípeta** (isto é, de fora para dentro, vez que historicamente os estados-membros norte-americanos detém maior autonomia, em relação ao governo federal, para definir suas administrações, leis e

Dito isso, não por coincidência, a evolução célere dos conceitos democráticos pelo direito *common law*¹⁰⁹ norte-americano (com fulcro nas emendas da Constituição dos Estados Unidos que preveem o *due process of law*¹¹⁰ e fundamentam as *exclusionary rules*¹¹¹) inaugurou a concepção de que a licitude dos elementos de prova processuais ultrapassaria a adequação direta da prova com as regras jurídicas para se projetar também nos elementos probatórios subsequentes, tudo com escopo de disciplinar os órgãos encarregados da persecução penal e com a exclusão de prova com gravame de antijuridicidade evitar violações presentes e futuras aos direitos e garantias fundamentais.

A partir do decisório prolatado em 26/01/1920, no processo *Silverthorne Lumber co. versus United States*, da Suprema Corte Norte-Americana, os juristas nominaram este postulado de **teoria dos frutos da árvore envenenada** (*fruits of the poisonous tree*)¹¹² ao definir que uma prova posterior poderia ser contaminada pelos vícios de ilicitude de outra prova originária, o que engendraria o funeral da inadmissibilidade da prova subsequente por derivação, ou seja, **“a imprestabilidade da prova em si mesma lícita, mas cuja obtenção tenha derivado de ação ilícita.”**¹¹³

julgados, de acordo com as peculiaridades de cada região). Fato bem assinalado por SOUSA, que ressalta ainda que a conjuntura vivida nos EUA produz distintas normas penais em cada Estado norte-americano que serão objeto de julgamento por Supremas Cortes Estaduais com competência para decidir questões de interesse do Estado, sem que haja recursos à Suprema Corte Federal. Vide: SOUSA, Marllon (2015) *Crime organizado e infiltração policial: parâmetros para validação da prova colhida no combate às organizações criminosas*. São Paulo: Atlas. pp.56/57.

¹⁰⁸ Marque-se com tinta indelével, que no “desempenho da atividade probatória, o direito internacional dos direitos humanos fixa uma carta marear a ser preenchida pelos Estados Nacionais (...) Com efeito à exceção das situações evidentes, tais como o emprego da tortura e a violação do nemo tenetur se detegere, há outras tantas situações que comportarão soluções diversas quando postos em comparação os diferentes sistemas nacionais”. Vide: ZILLI, Marcos (2013) *Entre os fins e os meios*. Ob. Cit. pp. XII/XIII.

¹⁰⁹ Na definição precisa de NEVES: “*Common Law* – Expressão inglês, que significa lei comum. Diz-se do sistema jurídico adotado nos Estados Unidos e na Inglaterra, que se funda em usos, costumes e princípios definidos e interpretados pela jurisprudência dos tribunais, que constitui a legislação judiciária. Diz-se, por consequência, da lei não escrita – “*the unwritten or non statute law*” -, por oposição às normas legais elaboradas ou emanadas do poder legislativo – “*the written or statute law*”. In: NEVES, Iêdo B. (1990) *Vocabulo Prático de Tecnologia Jurídica e de Brocardos Latinos*. 3ª ed. São Paulo: Edições Fase. pp.213/214.

¹¹⁰ Destaca-se trechos oportunos da 5ª. Emenda da Constituição do EUA, pertinentes ao devido processo legal, a saber: “ninguém poderá pelo mesmo crime ser duas vezes ameaçado em sua vida ou saúde; nem ser obrigado em qualquer processo criminal a servir de testemunha contra si mesmo; nem ser privado da vida, liberdade, ou bens, sem processo legal”.

¹¹¹ As *exclusionary rules* são as proibições probatórias, consubstanciadas na lógica de que as provas recolhidas ou analisadas em violação dos direitos constitucionais do réu serão, por vezes, inadmissíveis para uma ação penal (provas ilícitas). Tal premissa surgiu no julgado *Hopt v. Utah* 110 U.S. 574, 581 s. e 583 s. de 1884, e, sedimentou-se em 1914, no julgamento do caso *Weeks vs. United States*, pela Suprema Corte dos Estados Unidos, onde um Oficial do governo procurou no quarto de um réu e localizou cartas incriminadoras sem mandato judicial, decidiu-se que as provas obtidas sem um mandato estariam em violação da 4ª. Emenda da Constituição dos EUA e não podiam ser utilizadas como prova contra o réu.

¹¹² Vide: nota de rodapé nº 195.

¹¹³ REIS, Alexandre C. A.; GONÇALVES, Victor E. R. G.; LENZA, Pedro (2012) *Direito Processual Penal Esquematizado*. Ob. Cit. p.260

Outro julgado importante para determinação da prova ilegal derivada, no direito norte-americano, trata-se do precedente jurídico *Miranda versus Arizona*¹¹⁴ que institui as garantias nominadas de *Miranda Rights*, *Miranda Rules* ou *Miranda Warnings*¹¹⁵, as quais, em síntese, asseguram que não tem valor ou utilidade as declarações feitas pela pessoa às autoridades policiais, se este indivíduo não for alertado de seus direitos básicos de: que pode permanecer em silêncio; que tudo que disser pode ser usado contra ele; que tem o direito à assistência de defensor escolhido ou nomeado.^{116 117}

Não obstante, na mesma toada em que a Suprema Corte Estadunidense diagnosticou a patológica injuridicidade da prova derivada, consecutivamente previu situações e circunstâncias em que o contágio de ilicitude não levaria à morte alguns elementos de prova, em excepcionais e extraordinárias ocasiões, nominadas de **mitigações** (Ambos, 2013, p. 77), **temperamentos** (Souza, 2004, p. 199), **limitações** (Carvalho, 2009, p. 100) ou **exceções** (Cunha Jr. e Novelino, 2015, p. 109) da inadmissibilidade probatória.

Nas linhas a seguir, sem abandonar os termos citados, este estudo abordará tais excepcionalidades sob a alcunha principal de teorias **atenuantes** da ilicitude probante, eis que lógica de reduzir a intensidade e tornar tênue a inadmissão da prova, mais se aproxima da ideia que as citadas ressalvas de injuridicidade carregam no seu íntimo.

Com efeito, dentre as mais variadas e possíveis atenuações da ilicitude probatória, falar-se-á de **sete proposições** principais, a saber: Teoria da Fonte Independente; Teoria da Descoberta Inevitável; Teoria da Descontaminação Posterior; Teoria da Boa-fé; Teoria do Risco; Teoria da Exceção do Erro Inócuo; e, Teoria da Expectativa Legítima e Pessoal.

¹¹⁴ U.S. Supreme Court: *Miranda v. Arizona*- 384 U.S. 436 (1966). Cito trecho relevante, *verbis*: “*The police did not effectively advise him of his right to remain silent or of his right to consult with his attorney (...). During this interrogation, the police denied his request to speak to his attorney, and they prevented his retained attorney, who had come to the police station, from consulting with him. At his trial, the State, over his objection, introduced the confession against him. We held that the statements thus made were constitutionally inadmissible.*”

¹¹⁵ Em tradução livre: “Direitos de Miranda, Regras de Miranda ou Alertas de Miranda”.

¹¹⁶ No Brasil, os avisos de Miranda, via de regra, consubstanciam-se em um documento nominado de Nota de Ciência dos Direitos e Garantias Fundamentais, entregue ao preso após sua detenção e que o cientificam das prescrições contidas no Art. 5º, LXIII da CRFB, *verbis*: “O preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado”.

¹¹⁷ Apropriado observar que em recentes julgados das Cortes Americanas, deliberou-se que a mera falha em dar alertas os de *Miranda* não viola por si só os direitos constitucionais de um suspeito, posto que as *Miranda Rules* tem a finalidade primeva de proteger o privilégio contra a auto-incriminação (confissão primária) sem o devido aviso de direitos basilares do acusado, mas, a falta de advertência não macula o meio de prova imediatamente adquirido por ela (prova derivada), como é o caso da arma do crime localizada por força da confissão (vide *U.S. v. Patane*, 542 U.S. 630 (2004)).

4.3. TEORIAS ATENUANTES: ANÁLISE INDIVIDUALIZADA.

4.3.1 Teoria da Fonte Independente (*Independent source*) ou Teoria das Provas Autônomas.

Comparável a uma sinfonia, os acordes que regem o processo penal são as provas. Nesse concerto, algumas notas probantes podem conter vícios de legalidade e legitimidade, que, na partitura da teoria dos frutos da árvore envenenada, tornam-nas imprestáveis à limpa sonoridade que o processo se propõe. Todavia, se por acaso outros instrumentos probatórios engendrarem, de modo autônomo, afinadas provas independentes daquelas viciadas, não há porque deixar de aproveitar a melodia comprobatória deles advinda.

Nessa antífona, que se constitui a teoria atenuante da prova independente ou teoria da prova autônoma. Se em uma mesma lide criminal existir material probante marcado por ilicitude derivada e de modo equidistante houver elementos probatórios não vinculados ou não dependentes desta prova ilegal (ausentes nexos causal entre as provas),¹¹⁸ inexistirá contaminação que prejudique a admissibilidade da prova independente.

A exceção da prova independente surgiu, no direito norte-americano, a partir da contenda de *Bynum v. U.S.* (1960). No caso, Bynum teria sido detido ilegalmente, e, nesta prisão indevida colheram suas impressões digitais, o que consubstanciariam provas papiloscópicas ilícitas por derivação. Contudo, as impressões datiloscópicas do acusado já constavam dos arquivos do FBI e correspondiam às digitais encontradas no local do crime, com isso a acusação pode utilizar destes arquivos de impressões digitais, posto que se tratavam de provas completamente independentes da custódia ilegal, não sendo maculadas pela nulidade daquela prisão ilícita.

Em seguida, a Suprema Corte Estadunidense no julgamento do caso *Wong Sun v. United States*, 371 U.S. 471 (1963) estendeu a regra de exclusão à evidência que era o produto indireto ou "fruto" de conduta policial ilegal, dando ênfase que as provas que foram obtidas ilegalmente nem sempre devem ser suprimidas, ao sustentar que:

¹¹⁸ Na preciosa lição de GIACOMOLLI: “o nexos causal representa a conexão, a dependência ou o liame entre as duas situações: ilicitude e licitude (fontes, meios ou metodologia de busca da prova).” Vide: GIACOMOLLI, Nereu J. (2008) *Reformas (?) do Processo Penal: Considerações Críticas*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris. p.43.

"Não precisamos afirmar que todas as provas são fruto da árvore venenosa simplesmente porque não teriam saído à luz, senão pelas ações ilegais da polícia. Em vez disso, a questão mais pertinente neste caso é a de saber se, ao conceder o estabelecimento da ilegalidade primária, as provas a que é feita a objeção imediata foram obtidas pela exploração dessa ilegalidade ou, em vez disso, por meios suficientemente distintos para serem purgados da primária mácula" ¹¹⁹

Em uma apelação sobre o tema, a Excelsa Tribuna de Iowa confirmou a chamada *"hypothetical independent source"* adicionando à regra de exclusão, o dever do Estado demonstrar que não agiu com má-intenção, ao obter uma determinada prova mediante fonte independente, no julgado 285 N.W. 2d 248 (1979), do qual se extrai o seguinte fragmento de relevo:

"Depois que o réu mostrou comportamento ilegal por parte da polícia, o Estado tem o ônus de comprovar, através de evidências preponderantes, que a polícia não agiu de má-fé com o propósito de acelerar a descoberta das provas em questão e que tais provas teriam sido descobertas por meios legais" ¹²⁰

Em excepcionalidade à 4^a. Emenda da Constituição Norte-Americana que veda a entrada na casa de qualquer pessoa sem mandado judicial válido, a doutrina de fonte independente, sustenta que a evidência obtida com base em informações não relacionadas a uma busca ilegal não é fruto da árvore venenosa, lógica confirmada no decisório *US v. Khabeer*, 410, F. 3d, 477 (2005):

¹¹⁹ In: Opinion of The Court: October Term (1983) Princeton University. pp. 441/442. <https://www.princeton.edu/~ereading/NixvWilliams.pdf>. Acesso: 29/03/2017: *"We need not hold that all evidence is 'fruit of the poisonous tree' simply because it would not have come to light but for the illegal actions of the police. Rather, the more apt question in such a case is 'whether, granting establishment of the primary illegality, the evidence to which instant objection is made has been come at by exploitation of that illegality or instead by means sufficiently distinguishable to be purged of the primary taint'".*

¹²⁰ Vide: Opinion of The Court: October Term (1983) Princeton University. p.438. <https://www.princeton.edu/~ereading/NixvWilliams.pdf>. Acesso: 29/03/2017. 285 N.W. 2d 248 (1979), verbis: *"After the defendant has shown unlawful conduct on the part of the police, the State has the burden to show by a preponderance of the evidence that the police did not act bad faith for the purpose of hastening discovery of the evidence question, and that evidence in question would have been discovery by lawful means"*.

"A doutrina da fonte independente estabelece que as provas inicialmente descobertas durante uma busca ilegal, mas posteriormente obtidas de forma independente por meio de atividades não contaminadas pela ilegalidade, podem ser admitidas como evidência".¹²¹

No Pretório Excelso Brasileiro, a teoria da fonte independente foi nominada de **fonte autônoma** de prova pelo Ministro Celso de Mello, na constância de julgamento de Habeas Corpus 90.376/RJ, definindo-a como aquela **“que não guarde qualquer relação de dependência, nem decorra da prova originalmente ilícita, com esta não mantendo vinculação causal”**.¹²²

Não obstante, a inserção no ordenamento jurídico nacional ocorreu tão-somente com a promulgação da Lei nº 11.690 de 09 de junho de 2008, que aditivou ao artigo 157 do CPPB, os parágrafos 1º e 2º, com a seguinte redação:

“§ 1º São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras.

§ 2º Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova.”

Observe que o legislador brasileiro no §1º acolhe a essência doutrina norte-americana da *independent source* no seu núcleo duro, que é o da ausência de nexo causal entre a prova autônoma e outra prova ilícita derivada, que por ventura coabitem o mesmo processo. Com leve atropelo, entretanto, no §2º optou por ampliar o entendimento de **fonte independente** não só às provas autônomas produzidas e identificadas pelas partes do processo penal, como também aproximou o conceito ao da **limitação da descoberta**

¹²¹ Vide: Duhaime's Law Dictionary. Independent Source Doctrine Definition. <http://www.duhaime.org/LegalDictionary/I/IndependentSourceDoctrine.aspx>. Acesso em: 29/03/2017.

¹²² STF, RHC 90.376/RJ, Segunda Turma, Relator Min. Celso de Mello, j. 3.4.2007; cfr. Ainda APn 266/RO, Corte Especial, Rel. Ministra Eliana Calmon, DJe 20.8.2010.

inevitável (que veremos a seguir), pois permitiu ao magistrado, na exegese da licitude de uma prova derivada **“afastá-la porque, segundo um juízo de probabilidade, a ela se poderia chegar por meios de investigação ou de instrução”** (Fernandes, 2010, pp. 87/88).

Como fecho, interessante ressaltar o olhar de Távora, segundo o qual, a limitação da fonte independente não é uma exceção à doutrina dos frutos da árvore envenenadas, mas sim **teoria coexistente**, sob o pálio de que as provas absolutamente autônomas comportam-se como linhas paralelas, num mesmo plano processual, que não se tocam às provas ilícitas derivadas, por isso, inexistindo liame (causal) entre as provas independentes àquelas inadmissíveis por derivação, as primeiras não se corrompem com a injuridicidade das últimas (Távora e Alencar, 2011, p. 368).

4.3.2 - Teoria da Descoberta Inevitável (*The inevitable discovery limitation*) ou Serendipidade ou Teoria do Encontro Fortuito ou Casual de Provas.

Consoante dedilhado em tópicos prefalados, a atividade probatória no processo penal tem o primaz escopo de trazer da sombra à luz,¹²³ os elementos e circunstâncias que envolvem a materialidade de um delito e a comprovação da culpa ou inocência de investigados e acusados por sua prática, e, assim formar o convencimento do estado-juiz acerca dos fatos, objeto das provas.

Contudo, a função da produção de prova do processo não se esgota aí. Vai mais adiante. As provas desempenham o relevante papel de fixar os fatos no processo (Bonaccorsi, 2014, p. 108), inclusive aqueles que vem à tona de modo inesperado e irremediável, porém, não podem ser desprezados, em razão da sua relevância probatória.

No direito norte-americano este reconhecimento foi adotado após julgado da Suprema Corte no caso *Nix v. Williams*, 467 U.S. 431, 440, de 1984, no qual, acusou-se um cidadão dos crimes de sequestro seguido de assassinato de uma menina de dez anos, sendo que a prova principal do Ministério Público residia na confissão do réu feita às autoridades policiais. Por sua vez, a defesa arguiu a ilegalidade da prova colhida pela polícia por

¹²³ Nessa seara, filósofa ARENDT: “Comparada a este processo, no qual uma questão particular é trazida com esforço ao dia claro, para poder mostrar-se sob todos os seus aspectos e em todas as perspectivas possíveis até estar inundada de luz e se tornar transparente para a plena luz da compreensão humana, a afirmação de uma verdade possui uma singular opacidade. A verdade racional ilumina o entendimento humano, e a verdade de facto deve servir de matéria às opiniões, mas estas verdades, ainda que não sejam nunca obscuras, não são transparentes por isso, e está na sua própria natureza recusar-se a uma elucidação ulterior, como é da natureza da luz recusar-se a ser iluminada”. Vide: ARENDT, Hannah (1967) *Verdade e Política*. Ob. Cit. p.14.

violação da Sexta Emenda, tendo em conta que foi a declaração do acusado (principal evidência) que levou a polícia ao corpo da vítima (evidência secundária). Na decisão, apesar da clara relação de causalidade entre as provas, o Tribunal considerou que a localização do corpo da vítima não seria prova ilícita derivada, pois o cadáver seria inevitavelmente descoberto pelas autoridades, em uma simples operação de busca na região.

Com este sentir, a mais Alta Corte dos EUA adotou a abordagem de que o Estado-investigador não deve ser colocado em uma posição questionável em relação à prova colhida quando tal material probante seria inevitavelmente descoberto pelas autoridades, de qualquer forma (Bloom, 1992, pp. 82/84), ou seja, o curso de uma apuração hipotética das autoridades ou uma investigação de rotina levariam a descoberta inevitável daquele elemento de prova obtido, o que permite sua valoração, em exceção à tese dos frutos da árvore intoxicada (Ambos, 2013, pp. 57/65).

Entre os juristas pátrios, a Teoria Atenuante da Descoberta Inevitável encontrou guarida nos casos de investigações criminais realizadas dentro da lei, que, na constância das diligências ocorre a cognição fortuita de ilícitos penais alheios ao objeto das apurações, como por exemplo, no caso de uma ação policial de repressão de entorpecentes, autorizadas pela justiça, localize-se, de modo acidental, elementos de materialidade e autoria de um crime de contrabando ou de tráfico de armas.¹²⁴

Nestas situações, diversos doutrinadores nacionais denominaram a descoberta inevitável de Teoria do Encontro Fortuito (Casual) de Provas ou Serendipidade.

Em elucidativa pesquisa sobre o tema, Gomes (2009) explica que o termo serendipidade provém do inglês *serendipity* em desdobramento ao vernáculo Serendip que era o antigo nome da ilha do Ceilão (atual Sri Lanka), palavra produzida por conta da obra de ficção “Os três príncipes de *Serendip*”, de 1754, de autoria do escritor inglês Horace Walpole, conto de fadas em que os protagonistas sempre faziam descobertas de coisas que não procuravam, daí o sentido da palavra de descobrir coisas por acaso.

¹²⁴ “*Quid iuris* se o juiz autorizar a infiltração policial em um crime de entorpecentes e o agente descobrir também um crime de contrabando, praticado pela organização, em decorrência de suas investigações? Trata-se, pensamos, de caso fortuito que se encontra acobertado pela licitude da autorização judicial para o crime de entorpecentes, sendo, consequentemente, prova lícita a ser admitida no processo, se forem fatos conexos, ou a autorizar instauração de outro processo se nada tiver com os fatos originários. Não podemos admitir que o Estado feche os olhos para essa realidade descoberta pelos seus agentes em uma investigação legítima, amparada por ordem judicial. Do lícito não pode advir o ilícito, salvo o atuar dos agentes nesse sentido. No caso em tela, a investigação, feita dentro dos padrões normais da legalidade, não pode desconsiderar que, para o tráfico de entorpecentes, mister se faz, às vezes, o contrabando de armas.” In: RANGEL, Paulo (2011) *Direito Processual Penal*. Ob. Cit. pp.149/150.

Impende salientar, que a verificação da teoria atenuante do encontro probatório **fortuito**, onde a prova de determinada infração penal é alcançada em diligência investigativa regularmente autorizada para apuração de crime distinto, depende, para a validade desta prova **casual**, que não tenha ocorrido desvio de finalidade na forma em que foi realizada a diligência, sob pena de invalidade ou nulidade da prova descoberta “ocasionalmente”. Não pode a autoridade investigada forjar o “acaso” e utilizando de elementos sub-reptícios, forçar a “eventual” descoberta de ilícito estranho à investigação, como seria o exemplo, da autoridade previamente suspeitar da prática de infração penal de plantio de entorpecentes e solicitar à Justiça a determinação de uma busca e apreensão, para desvelação de outro ilícito, de invasão de propriedade.

Ademais, a doutrina diverge acerca da necessidade ou não, da existência de conexão ou continência, entre o crime que teve a investigação autorizada e o delito identificado pelas autoridades de modo casual, por encontro fortuito de prova. Os defensores da imprescindível vinculação entre os crimes, alicerçam seus argumentos nas garantias e direitos constitucionais individuais, como a inviolabilidade domiciliar (Takayanagi, 2012, pp.55/59) e o direito à intimidade e à vida privada (Lopes Jr., 2014, pp.446/447). Todavia, pacificando o embate, o Superior Tribunal de Justiça proferiu arestos incontestes da desnecessidade de conexão ou continência entre ilícitos penais, com localização fortuita de material probante. Rememoro:

“Em princípio, havendo o encontro fortuito de notícia da prática futura de conduta delituosa, durante a realização de interceptação telefônica devidamente autorizada pela autoridade competente, não se deve exigir a demonstração da conexão entre o fato investigado e aquele descoberto, a uma, porque a própria Lei nº 9.296/96 não a exige, a duas, pois o Estado não pode se quedar inerte diante da ciência de que um crime vai ser praticado e, a três, tendo em vista que se por um lado o Estado, por seus órgãos investigatórios, violou a intimidade de alguém, o fez com respaldo constitucional e legal, motivo pelo qual a prova se consolidou lícita.” ¹²⁵

¹²⁵ STJ: HC 69.552/PR. 5ª Turma. Min. Rel. Felix Fischer. DJ: 14/05/2007.

Entendimento que foi acompanhado pelo STF, em atualíssimo acórdão, do qual se extraí trechos de relevo, *verbis*:

“É lícita a utilização de informações obtidas por intermédio de interceptação telefônica para se apurar delito diverso daquele que deu ensejo a essa diligência (...) sendo incontestável o reconhecimento da licitude da prova encontrada quando o fato desvelado fortuitamente se encontre entre os chamados ‘crimes de catálogo’ – isto é, entre aqueles para a investigação dos quais se permite autorizar a interceptação telefônica.”¹²⁶

Em análise dos julgados brasileiros acerca das interceptações telefônicas, Santiago e Costa (2013, pp.159/166) explicitam que ocorre o encontro casual de provas quando existem **“elementos indicadores da ocorrência de fato típico e/ou autoria distintos daqueles delimitados na autorização de interceptação”** e que este é plenamente admissível como matéria de prova, em tributo às premissas da razoabilidade e do processo penal eficiente (e investigação eficiente).¹²⁷

Ao fio e ao cabo, conforme comentado em capítulo retro, por ânimo da nova redação do §2º, do art.157, do CPPB, previu a lei adjetiva penal brasileira,¹²⁸ a figura da **exceção da descoberta inevitável**, na razão em que possibilitou ao estado-juiz admitir a prova identificada de forma inelutável que **“seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova.”** Doutrina pacificada nos arestos da Suprema Corte Brasileira, dentre os quais, cito ponto cardinal de novel julgado do STF, *ad litteram*:

¹²⁶ STF: AI 761.706/SP. Min. Rel. Carmem Lúcia. DJE: 26/08/2009.

¹²⁷ Até porque, como ressalta OLIVEIRA a relevância das escutas telefônicas sobreleva-se para “o progresso das investigações e para que as autoridades judiciárias consigam desmontar as teias de cumplicidade e outras formas de comparticipação que estão subjacentes ao crime” OLIVEIRA, Francisco da C. (2008) *A Defesa e a Investigação do Crime*. Ob. Cit. p.123.

¹²⁸ Aspecto também minudenciado na lei portuguesa, como atenta SOARES: “no caso de a posse de objectos fortuitamente conhecidos constituir crime, o estado de flagrante delito constitui fonte independente que autonomiza a actividade investigatória da finalidade primitiva da revista e da busca, legitimando a realização de revistas e buscas de natureza processual [art.174º nº5 al. c) do CPP], de apreensões cautelares [art.249º, nºs 1 e 2 al. c) do CPP] e, eventualmente, a detenção do seu possuidor, caso ele se encontre presente.” SOARES, Paulo Alexandre F. (2014) *Meios de Obtenção de Prova no Âmbito das Medidas Cautelares e de Polícia*. Ob. Cit. p.286.

“Daí, falar-se em existência de provas autônomas (*independent source*) e em descobertas inevitáveis (*inevitable discovery*) como exceções à proibição da prova derivada da prova ilícita. Nesse diapasão, nem sempre a existência de prova ilícita determinará a contaminação imediata de todas as outras constantes do processo, devendo ser verificada, no caso concreto, a configuração da derivação por ilicitude.”¹²⁹

4.3.3 - Teoria da Descontaminação Posterior ou Limitação da Mancha purgada (*The purged taint limitation*) ou Nexo Causal Atenuado (*Attenuated connection limitation*) ou Vício Diluído e Tinta Diluída ou Irregularidade Sanada.

Fato marcante nas provas ilícitas por derivação é a transmissão dos caracteres de ilicitude de uma determinada prova a outro elemento probante subsequente, efeito nominado pelos juristas de “contaminação”, em referência à lógica médica de que um órgão doente (primeira prova ilícita) infectaria a saúde (com ilegalidade ou ilegitimidade) de outrem que dele fosse fruto (prova ilícita derivada).

Mas se na medicina, permite-se a cura de doenças por **descontaminação** de patologias adquiridas, tal **terapêutica** seria possível no campo das provas ilícitas por derivação? Segundo os juristas contemporâneos, sim.

Entre os temperamentos atenuantes da antijuridicidade probatória derivada, a doutrina dos frutos da árvore admitiu que o contágio da ilicitude poderia ser purificado pela prática ou intervenção de um ato independente (Amaral, 2015, p. 195), onde seja possível distinguir o meio de obtenção da prova subsequente da ilegalidade inicial (Carvalho, 2009, p. 101), mitigação nominada como **descontaminação posterior**. Assim lecionam Tasse, Miléo e Piasecki (2012, pp.46/47), *verbis*: **“a limitação da descontaminação ocorre quando, não obstante exista a ilicitude da prova derivada, pode haver no processo a sua purificação, como se purgasse o veneno do fruto.”**

Na sua gênese, a teoria atenuante da descontaminação posterior teve suas premissas cunhadas por obra do julgamento do caso *Wong Sun v. United States*, de 1963, 371 U.S. 471,¹³⁰ em que a Suprema Corte dos EUA decidiu que os depoimentos prestados

¹²⁹ STF: HC 91.867. 2ª Turma. Min. Rel. Gilmar Mendes. DJE: 19/09/2012.

¹³⁰ Apesar de parte da doutrina citar o julgado *Nardone v. U.S.* 308 e 341 de 1939, como primeira referência a teoria da causalidade atenuada na medida em que decidiu afastar a ilicitude de uma prova obtida por

livremente de modo posterior a detenções ilegais, não estariam manchados pela ilegalidade das prisões, pois, estaria expurgada qualquer contaminação de ilicitude pela obtenção independente das provas verbais prestadas de modo voluntário pelos acusados. Circunstância bem observada por Stratton ao comentar o julgamento do caso acerca da *purged taint limitation*, asseverou: **“A Corte, contudo, considerou que a confissão do segundo réu, vários dias após a sua detenção, era admissível porque ‘a ligação entre a detenção e a declaração tinha-se tornado tão atenuada que dissipou a mácula.’”**¹³¹

Mister se faz dizer, que tanto no Brasil como em outros países, o teorema atenuante sob lume recebe outras denominações e desdobramentos que guardam similitude à excepcionalidade probatória em referência, mantendo-se a essência do fenômeno jurídico em estudo. Senão vejamos:

Em hábeis linhas, os doutrinadores tupiniquins anotam que a exceção em debate também pode ser chamada de **limitação da mancha purgada, teoria dos vícios sanados ou da tinta diluída**, vozes ecoadas na fala de Lima (2013, p. 604), *verbis*:

“De acordo com essa limitação, não se aplica a teoria da prova ilícita por derivação se o nexo causal entre a prova primária e a secundária for atenuado em virtude do decurso do tempo, de circunstâncias supervenientes na cadeia probatória, da menor relevância da ilegalidade ou da vontade de um dos envolvidos em colaborar com a persecução criminal. Nesse caso, apesar de já ter havido a contaminação de um determinado meio de prova em face da ilicitude ou ilegalidade da situação que o gerou, um acontecimento futuro expurga, afasta, elide esse vício, permitindo-se, assim, o aproveitamento da prova inicialmente contaminada.”

Sem embargo, essa mesma corrente doutrinária, destaca que a legislação penal adjetiva brasileira deu guarida a limitação da mancha purgada quando previu a ressalva de

investigação ilícita se o nexo causal entre a prova original e a subsequente vir-se atenuado, o que dissiparia a mancha de ilicitude derivada, *verbis*: “*As a matter of good sense, however, such connection may have become so attenuated as to dissipate the taint.*”

¹³¹ “*The Court, however, held that the second defendant's confession, made several days after his arrest, was admissible because ‘the connection between the arrest and the statement had ‘become so attenuated as to dissipate the taint.’”* Vide: STRATTON, Brent D. (1984) *The Attenuation Exception to the Exclusionary Rule: A Study in Attenuated Principle and Dissipated Logic*. Chicago: Journal of Criminal Law and Criminology Northwestern University School of Law. v. 75. p. 146.

inadmissibilidade da prova derivada, quando o nexo causal entre a prova primária e secundária não for constatado, como sói ocorre na descontaminação posterior, e, razão pela qual, parte dos juristas prefere chamá-la de teoria do **nexo causal atenuado**, em alusão ao trecho da redação do art. 157, § 1º, do CPPB, que detalha: “São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras”.

Sem desvirtuar a questão, o vernáculo jurídico lusitano da doutrina de além-mar batizou a exceção da descontaminação posterior com a denominação de **nódoa dissipada** que se verificaria quando houver uma prova lícita efetivada à custa de outra vedada, no entanto, com a ressalva de que entre esta e aquela subsiste “**forte autonomia que atenua a gravidade da proibição**” (Soares, 2014, p. 117).

Premissa chancelada em decisórios do Tribunal Constitucional Português. Cita-se:

“O entendimento do artigo 122.º , n.º 1, do CPP, subjacente à decisão recorrida, segundo o qual este abre a possibilidade de ponderação do sentido das provas subsequentes, não declarando a invalidade destas, quando estiverem em causa declarações de natureza confessional, mostra-se constitucionalmente conforme, não comportando qualquer sobreposição interpretativa a essa norma que comporte ofensa ao disposto nos preceitos constitucionais invocados”.¹³²

Com outra nominação ao teorema, jurisconsultos espanhóis optam por reconhecer a teoria em tela, como exceção da **irregularidade sanada**, ao abalizar que neste caso, a prova ilícita por derivação teria com a prova originária contaminadora um nexo causal muito frágil, para estender os efeitos de sua ineficácia à prova subsequente, logo, a menor ilicitude restaria sanada, e plenamente admissível (Armenta Deu, 2014, p. 121).

O que foi agasalhado pela Máxima Corte Constitucional Espanhola¹³³, em fardagem moderna de **tese da desconexão da ilicitude**, com o raciocínio de que os direitos fundamentais devem ser protegidos no processo criminal, com a extrusão das provas

¹³² Acórdão n° 198/2004/T. Const.- Processo n° 39/2004. DIÁRIO DA REPÚBLICA PORTUGUESA n°129 de 2 de Junho de 2004. II SÉRIE. p. 8551.

¹³³ STC: 161/1999, BOE 263, 03 de Novembro, 1999. ECLI: ES: TC: 1999: 161.

ilícitas, “**mas limitando-se unicamente às provas causalmente conectadas**” (Armenta Deu, 2014, p. 122).

Em arremate, impende dizer que apesar da aparente igualdade entre as teorias atenuantes da **fonte independente** e da **descontaminação posterior**, os preceitos não se confundem. Se de um lado, na teoria da fonte independente a ilicitude da prova derivada é suavizada em virtude da prova secundária possuir existência de modo autônomo à prova primária, de outra banda, na descontaminação posterior, a inadmissibilidade da prova derivada é abrandada em razão do espaço temporal decorrido a prova subsequente e a prova originária ou de circunstâncias atenuantes na lide penal (como a menor relevância da ilegalidade) que podem ocasionar a diluição da macha de ilicitude originária, no caso.

4.3.4 - Teoria da Boa-Fé (*Good faith exception*).

Segundo Neves (1990, p. 105), define-se a boa-fé como o estado de espírito da pessoa que, “**confiantemente e com intenção pura, pratica, por erro, ato que julgava conveniente e lícito**”. É nessa pureza de conduta, que se desenha o comportamento escusável daquele que age em boa-fé. Conceito ainda emoldurado, pela não-intenção do agente de violar o ordenamento jurídico, que acreditava preservar, com suas ações.

A definição provém de raiz civilista,¹³⁴ e, como tal, aplicável nas contendas de direitos privados, em que os limites e natureza jurídica das provas manejadas em processo,¹³⁵ distinguem-se daqueles aplicáveis ao direito público dos crimes e das penas, que arvora como principal patrimônio jurídico a ser debatido, a liberdade das pessoas.

Bem por isso, a incorporação da boa-fé ao direito penal e processual penal não trafega em águas tranquilas, quando as ações de boa-fé são oriundas de autoridades do Estado investigativas ou acusatórias que atuam “**sob a crença fundada e razoável de estar agindo lícitamente**” (Armenta Deu, 2014, p. 121).

¹³⁴ No ensinamento do jurista Tartuce, a premissa da boa-fé tem gênese nos primórdios do Direito Romano, como “aquela direcionada à conduta das partes, principalmente nas relações negociais e contratuais”. Vide: TARTUCE, Flávio (2014) *Direito Civil: direito das coisas*. v. 4. 6ª ed. São Paulo: Método. p.41.

¹³⁵ Conforme ventila STEFANI, o direito penal não tem os mesmos limites, na teoria das provas, que o direito civil, *verbis*: “*La preuve ne sert plus seulement à faire des intérêts privés qui sont par nature limités. La preuve (penal) ne saurait donc recevoir des limitations identiques à celles qui sont édictées en droit civil.*” Ou, em tradução livre: “A prova não só serve para os interesses privados que são, por natureza, limitada. A prova (penal) não pode, portanto, receber limites idênticos aos emitidos na lei civil”. Vide: STEFANI, Gaston (1956) *Quelques aspects de l'autonomie du droit pénal: études de droit criminel*. Paris: Librairie Dalloz. p.44.

Não obstante, a Suprema Corte dos EUA por ocasião do processo *United States v. Leon* (1984) e *Massachusetts v. Sheppard* (1984), dois casos decididos no mesmo dia, inovou o direito estadunidense ao reconhecer a exceção de boa-fé, como regra de exclusão, mitigadora de possível ilicitude probatória no cumprimento de determinações judiciais por autoridades investigativas.

Com efeito, propõe a presente atenuante que os agentes da persecução penal que atuarem com boa-fé pelo Estado tenham praticado atos não revestidos da completa legalidade, todavia, destituídos de dolo de infringir a lei, em situação de erro desculpável, circunstância que torna admissível a prova proveniente desta ação em erro (Távora e Alencar, 2011, p. 370) até porque se o objeto do princípio de vedação de provas injurídicas é o de prevenir sua obtenção de forma ilícita, uma vez obtidas com boa-fé, não se justificaria tal exclusão (Pereira, 2010, p. 274).

Cite-se o exemplo de autoridades policiais que pretendiam cumprir um mandado de busca em casa, todavia por erro de digitação a ordem judicial é expedida para domicílio de pessoa diversa, assim, se ao cumprir a busca na casa equivocada for localizado grande quantidade de entorpecente, não deve ser invalidada a prova do depósito ilícito de drogas, por vício no mandado, posto que os policiais agiram com boa-fé no episódio e não tinham como saber do erro na ordem judicial.¹³⁶

De outro lado, a escola de HARVARD observa que a *good faith exception* dos agentes do Estado comporta limites, pautados na razoabilidade das falhas na ordem judicial, pano de fundo da boa-fé dos policiais que a invocam:

“A principal ressalva, no entanto, está na dependência de que o mandado seja razoável. Não deve se executar um mandado evidentemente defeituoso que aos olhos de qualquer oficial competente se detectaria sua inadequação.”¹³⁷

¹³⁶ Vide doutrina norte-americana que detalha com sobriedade a questão, *verbis*: “*The good faith exception involves instances in which police officers are not aware they are violating Fourth Amendment principles. The good faith exception often comes into play when the government is executing arrest or search warrants. If such warrants are later found to be invalid, perhaps because a typographical error citing the wrong address or apartment number, the evidence obtained while the warrants are executed is still admissible because the officers were acting in ‘good faith’.*” In: HARR, J. Scott; HESS, Kären M.; ORTHMANN, Cristine H. (2012) *Constitutional Law and the Criminal Justice System*. Belmont: Wadsworth. p.222.

¹³⁷ Em tradução livre do original, *verbis*: “*The key caveat, however, is that reliance on the warrant be reasonable. It will not do to execute a warrant so defective on its face that any competent officer would spot its inadequacy.*” In: FRIED, Charles; KAMM, Frances; MICHELMAN, Frank I.; TRIBE, Laurence H.; MINOW, Martha; FALLON, Richard H. (2013) *Toward A General Good Faith Exception*. Cambridge: Harvard Law Review. v.127. p.773.

Em julgado que admite a teoria atenuante da boa-fé, ao analisar a licitude de interceptações telefônicas prévias a inquérito policial, no que tange ao juízo competente autorizador da medida, o STF reconheceu em território nacional a aplicabilidade da citada exceção.¹³⁸

Marque-se que a majoritária corrente doutrinária brasileira aceita a mitigação da ilegalidade probatória pela boa-fé dos agentes públicos que coletam, produzem ou revelam ao processo provas colhidas com erro invencível do investigador ou acusador devidamente balizado pelo princípio da proporcionalidade, todavia, não há legislação no Brasil, que regulamente a teoria atenuante da boa-fé, cenário que pode ser modificado caso aprovado o Projeto de Lei (PL) 4850/2016, encabeçado pelo Ministério Público Federal (MPF) e que previu como inovação normativa, o uso da *good faith exception* em processos criminais.

4.3.5 - Teoria do Risco

Subjaz uma lógica no mundo dos negócios, que não há lucro sem risco. Quer-se com isso dizer que toda atividade que envolva a exposição do patrimônio de alguém investido numa empreitada negocial, traduz-se em risco de perdas, daquele que se expôs.

Nos mercados do crime e entre os praticantes de ilícito não é diferente, segundo a teoria atenuante do risco. Aquele sujeito ativo de comportamento infracional que, de modo voluntário e livre, revela a terceiros, sua participação em delitos, caso tenha colhida sua declaração em registros de sons ou imagens, não pode alegar violação de sua intimidade, uma vez que se aventurou no risco de ter sua declaração espontânea colhida como prova de autoria criminal, independente de ter conhecimento que estava sendo gravado ou filmado.

É a exposição ao risco que abranda qualquer ilegalidade probatória no caso. Argumento fincado por Armenta Deu (2014, p. 126), para quem **“as provas indiretas são nulas por uma questão de causalidade natural; no entanto, se tal não existe, a validade provirá, da própria confissão do acusado.”**

Questão julgada pelo Tribunal Constitucional Espanhol, em que se decidiu que a confissão voluntária obtida após um cumprimento de indevida busca domiciliar, rompeu com qualquer conexão de ilicitude com o impróprio mandado judicial de busca anterior, em tese vinculado a confissão. Veja-se:

¹³⁸ STF: HC 106.012/SP. 2ª Turma. Min. Rel. Gilmar Mendes. DJE: 25/06/2013.

“O que está em questão é garantir que uma prova como a confissão, que por sua própria natureza é independente de qualquer outra circunstância do processo porque seu conteúdo está disponível pelo arguido e depende unicamente de sua vontade, não responder a um ato compulsão, indução fraudulenta ou intimidação. Estes riscos participam em maior medida em que o direito fundamental cuja lesão é acusado é um daqueles que, ao regulamentar as condições em que a declaração deve ser fornecido, constituem garantias contra a auto-incriminação (descartar Counsel, em uma situação de privação de liberdade, ou nenhum aviso sobre a possibilidade de silêncio), mas este não é o caso aqui abordado.” ¹³⁹

Em cotejo da questão, a Suprema Corte Norte-Americana acolheu a Teoria do Risco como mitigação das *exclusionary rules* em diversos decisórios, dentre os quais, o célebre julgamento do caso *Hoffa v. U.S.*, em que o sindicalista Jimmy Hoffa convida um agente policial infiltrado para a sua suíte de hotel e durante a visita confessa crimes ao agente. No caso, a Excelsa Tribuna Estadunidense entendeu que não houve violação da Quarta Emenda, pois o policial infiltrado não entrou na suíte à força ou furtivamente, não era um intruso e sim um convidado, logo, todas as conversas auto-incriminadoras de Hoffa eram dirigidas ao policial, ou, conscientemente, continuavam em sua presença, no que concluiu a Corte que o devido processo legal não poderia proteger o criminoso que confia na pessoa errada.¹⁴⁰

Na mesma toada, a doutrina nacional¹⁴¹ e a Suprema Corte Brasileira admitem este temperamento de transgressão da garantia constitucional da vida íntima por escutas e

¹³⁹ STC: 161/1999, BOE 263, 03 de Novembro, 1999. ECLI: ES: TC: 1999: 161.

¹⁴⁰ *Hoffa v. United States*, 385 US 293 (1966). *Verbis*: “1. No rights under the Fourth Amendment were violated by the failure of Partin to disclose his role as a government informer. When Hoffa made incriminating statements to or in the presence of Partin, his invitee, he relied not on the security of the hotel room, but on his misplaced confidence that Partin would not reveal his wrongdoing. Pp. 385 U. S. 300-303. 2. Hoffa's conversations with Partin, being entirely voluntary, involved no Fifth Amendment privilege against compulsory self-incrimination. Pp. 385 U. S. 303.”

¹⁴¹ Ressalta-se a abordagem de Dirley da Cunha Jr e Marcelo Novelino, a saber: “A interceptação ambiental consiste na captação de um diálogo no local em que se realiza, sem o consentimento de, pelo menos, um dos interlocutores. Se não houver violação de relação de confiança ou de expectativa de privacidade, em regra, essa conduta é considerada lícita. São legítimas, portanto, as captações audiovisuais feitas em locais públicos ou abertos ao público, como, por exemplo, gravações realizadas por câmeras de segurança instaladas em vias públicas, em prédios residenciais ou em estabelecimentos comerciais. Em tais casos, as gravações podem ser utilizadas como prova processual, mesmo que não tenham havido autorização judicial prévia para sua

gravações telefônicas e ambientais e registros de fotos e filmagens, quando o acusado se expõe ao risco de ter sua confissão registrada. Sublinho partes fulcrais de aresto do STF, *ipissima verba*:

“1. É lícita a prova obtida mediante a gravação ambiental, por um dos interlocutores, de conversa não protegida por sigilo legal. Hipótese não acobertada pela garantia do sigilo das comunicações telefônicas (inciso XII do art. 5º da Constituição Federal). 2. Se qualquer dos interlocutores pode, em depoimento pessoal ou como testemunha, revelar o conteúdo de sua conversa, não há como reconhecer a ilicitude da prova decorrente da gravação ambiental”¹⁴²

Em desfecho do tema, Silva (2014, p. 47) comparece com oportunas palavras, ao declinar:

“Impende salientar que não há direito individual absoluto. Ao passo em que o cidadão se utiliza do direito à intimidade outorgado pela Carta Máxima para fazer tratativas ilícitas, esse mesmo direito merece ceder ao interesse público representado pela elucidação da prática delitiva.”¹⁴³

4.3.6 - Teoria da Exceção do Erro Inócuo ou Inofensivo (*Harmless error*)

Em um processo criminal, a primeira coisa que se apresenta é a dúvida.¹⁴⁴ Dúvida que orbita principalmente na confirmação do crime e do responsável pelo ilícito penal.

produção.” CUNHA JR., Dirley; NOVELINO, Marcelo (2015) *Constituição Federal para concursos*. Ob. Cit. p.56.

¹⁴² STF: INQ. 2.116/RR. Min. Ayres Britto. DJE: 15/09/2011.

¹⁴³ Com prumo afinado nesse pensar, segue julgado curial do STF, *verbis*: “O princípio constitucional da inviolabilidade das comunicações não é absoluto. O interesse público, em situações excepcionais, pode se sobrepor à privacidade, para evitar que direitos e garantias fundamentais sejam utilizados para resguardar conduta criminosa. Como já decidiu a Suprema Corte, ‘a cláusula tutelar da inviolabilidade do sigilo epistolar não pode constituir instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas’. In: STF: HC 70814. Rel. Min. Celso de Mello, DJ: 24/06/1994.

¹⁴⁴ Tema amiúde içado por FENNOL, ao dizer que: “Como você deve ter percebido, em muitos diversos autores ao longo dos séculos, tudo no processo gravita em torno de uma dúvida. Quando a dúvida é sobre o fundamento dos eventos que trouxeram o processo, a dúvida é muitas vezes do juiz, desde as partes, ou pelo

Nesse solo da incerteza, germinam os elementos de prova como primaz meios de possibilitar a revelação dos fatos e das circunstâncias enterradas pelo tempo ou pelos homens, como um tesouro trazido à superfície.

Dizia Diderot, que **“coisas das quais nunca se duvidou, jamais foram provadas”**¹⁴⁵ em alusão à premissa de que para se obter uma resposta, é necessário, antes, levantar uma questão. Em uma causa penal, ao suscitar-se a dúvida, que se objeta a descoberta da verdade e da justiça, que tanto almeja a lide criminal.

Pois bem. Se a prova é o passaporte para se decifrar as dúvidas do processo e a verdade é a meta a ser atingida, válido concluir que muitos podem ser os caminhos probatórios para se chegar a tal objetivo, ainda que dentro destas veredas, algumas trilhas sejam inaproveitáveis.

Detraída dessa lógica, exsurge a teoria da exceção do erro inócuo, sedimentada no ideal de que mesmo que identificada no interior do processo criminal, uma ou mais provas ilícitas, se os demais maciços do conjunto probatório foram suficientes a condenação, inócuas e desprezíveis são as provas proscritas nele insertas.

Nos Tribunais Norte-americanos, a teoria atenuante da exceção do erro inócuo (ou erro inofensivo) é verificada no caso *Chapman v. Califórnia*, 386 U.S. 18 (1967), em que a Suprema Corte dos EUA, julgou que (Howard, 1967, pp.157/158):

“Antes da violação de um direito federal, pode ser considerada inofensiva uma prova ilícita e o estado deve sustentar o fardo de provar além de uma dúvida razoável, se o erro não contribuir para a convicção da Corte.”

Convém sublinhar que a base do teorema em testilha, jaz na inexistência, no processo penal, de tarifação das provas. Não há dentro de uma mesma investigação criminal ou processo penal, preponderância de um meio probante em detrimento do outro, devendo ser igualmente aquilatados todos os elementos de prova pelo juízo, que aproveitará as provas que ao seu sentir melhor traduzirem a verdade dos fatos pertinentes à infração penal debatida (Silva, 2014, pp. 82/83).

menos alguns deles-sim acostumados a conhecer a realidade do que aconteceu, embora a ocultar ou distorcer ou eles simplesmente não são capazes de evidenciá-la.” Vide: FENNOL, Jordi Nieva (2013) *La Duda En El Proceso Penal*. Ob.Cit.p.05. (Tradução nossa.)

¹⁴⁵ “Ce qu'on n'a jamais mis en question n'a point été prouvé.” DIDEROT, Denis (1772) *Œuvres philosophiques et dramatiques de M. Diderot*. Paris: A. Amsterdam. p. 39.

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal acolheu a exceção do erro inócuo ao decidir que a condenação de réus pode ser reconhecida se o elenco probatório confirmar a autoria e materialidade delitivas, ainda que exista provas inválidas no processo.¹⁴⁶

4.3.7 - Teoria da *Standing Rule* ou Limitação da Expectativa Legítima e Pessoal.

Na ótica do direito norte-americano, a bússola que norteia as proibições de prova ilícita aponta para o horizonte de que somente quem for destinatário da investigação ilícita primária pode alegar que as provas derivadas contêm pecha de ilicitude, no que os juristas estadunidenses nominam de *standing rule*.¹⁴⁷ Em outras palavras, **“para invocar a *exclusionary rule* pressupõe domínio de uma posição jurídica própria que seja lesada pela violação”** (Ambos, 2013, p. 75).

Por esse teorema, apenas àquele que experimentou gravames aos seus direitos fundamentais em virtude prova ilícita derivada é capaz de objurgar a injuridicidade da prova proscrita, censurar a sua valoração e requerer a sua inadmissibilidade com desentranhamento do processo respectivo. Fato que provoca ainda outra implicação, a de que terceiros não podem alegar violação a seus direitos, se não foi contra estes últimos que se voltou a produção ou colheita da prova que contenha ilicitude por derivação, na essência do julgado do caso *Rakas v. Illinois*, 1978.¹⁴⁸

No direito Brasileiro, a mitigação sob enfoque **não** é plenamente admitida pelo Judiciário pátrio, posto que nas lides processuais penais tupiniquins, qualquer parte interessada (acusação, defesa, terceiros ou assistentes) pode provocar o julgador ao exame da licitude da prova, mesmo que não tenha sido diretamente afetado por ela ou dela não seja destinatário imediato.

¹⁴⁶ STF: HC 97969/RS. Min. Ayres Britto. DJE: 23/05/2011. Veja-se: “Eventual ilicitude da prova colhida na fase policial não teria a força de anular o processo em causa; até porque as provas alegadamente ilícitas não serviram de base para a condenação do paciente. 8. O Tribunal de Segundo Grau bem explicitou as razões de fato e de direito que embasaram a condenação do acionante pelo crime de concussão. Tribunal que, ao revolver todo o conjunto probatório da causa, deu pela desclassificação da conduta inicialmente debitada ao paciente (extorsão) para o delito de concussão (art.316 do CP). Fazendo-o fundamentadamente. Logo, a decisão condenatória não é de ser tachada de “sentença genérica”. 9. Ordem denegada.”.

¹⁴⁷ Suprema Corte dos E.U.A. In: *Jones v. U.S.*, 362 U.S. 257 (1960).

¹⁴⁸ “Os Direitos da Quarta Emenda são direitos pessoais que não podem ser asseverados subsidiariamente”, *Alderman v. Estados Unidos*, 394 US 165, 394 US 174 e a pessoa agredida por uma busca e apreensão ilegal apenas através da introdução de proibidas evidências por uma busca de instalações ou propriedade de terceira pessoa não teve qualquer dos seus direitos da Quarta Emenda violados.” Tradução livre do original em inglês: “*Fourth Amendment rights are personal rights which may not be vicariously asserted*,” *Alderman v. United States*, 394 US 165, 394 US 174, and a person aggrieved by an illegal search and seizure only through the introduction of damaging evidence secured by a search of a third person's premises or property has not had any of his Fourth Amendment rights infringed.” In: *Rakas v. Illinois*, 439 U.S. 128 (1978).

Em que pese destacar, alguns embrionários decisórios do Superior Tribunal de Justiça Brasileiro que fazem alusão ao fato de que somente o beneficiário de ordem libertária de *habeas corpus* detém legitimidade para suscitar nulidades processuais (inclusive probatórias). À guisa de ilustração, repasso dispositivo de recente acórdão do STJ, nesse rumo:

“Não é apropriado o ajuizamento de *habeas corpus* voltado para o reconhecimento de nulidade em feito no qual não compareceu o paciente como investigado, ainda mais quando em questão bem jurídico estranho ao *jus libertatis* de terceiro”.¹⁴⁹

5 – CONSIDERAÇÕES FINAIS

Na forma como é concebido, o processo penal visa possibilitar a concretização do poder estatal de punir, através da aplicação efetiva do direito penal, sempre dentro de limites que garantam ao indivíduo a preservação de sua dignidade, em uma composição dialética onde os fins do Estado-Administração não possam sobrepujar os direitos fundamentais e as garantias individuais. E é o bom emprego (ou não) desses direitos e garantias que permite avaliar a real observância dos elementos materiais do Estado Democrático de Direitos e distinguir a civilização da barbárie.

Munidos desses objetivos, o direito criminal adjetivo apoia-se em diferentes colunas para sustentar suas proposições, das quais a viga mestra é a prova. Apenas o material probante reunido à lide criminal é capaz de revelar a história do caso em julgamento e os caminhos pretéritos nele trilhados, ainda que o tempo, o homem ou as circunstâncias objetem por obscurecer suas pegadas.

Contudo, por vezes, os elementos de prova chegam à contenda penal com vícios ou gravames, que contrariam à lei ou à moralidade. Nesse particular, o ordenamento jurídico mundial inadmite, por regra, a injuridicidade da prova, dentro do processo criminal, com os consectários de declaração de inexistência, de nulidade, anulabilidade, invalidade ou ineficácia, a depender do grau de irregularidade da prova frente às normas em vigor. O debate que se propõe é se dessa regra universal, não existem mitigações ou

¹⁴⁹ STJ: HC 85.502/SP. Min. Maria Thereza de Assis Moura. DJe 09/05/2011.

excepcionalidades, onde a situação concreta recomenda o aproveitamento, ainda que parcial, daquele material de prova, em inicial análise, inquinada de ilicitude (seja a ilegalidade, originária ou derivada).

Centrados os esforços nessa peleja, verifica-se que os regramentos jurídicos de diversos países, a doutrina internacional e os tribunais mundo afora passaram a admitir exceções à inadmissibilidade probatória, às quais o presente estudo nominou de teorias atenuantes da ilicitude da prova penal, na lógica de que a antijuridicidade se faz abrandada por questões peculiares a cada caso concreto e a cada singular situação, posta ao crivo da Justiça.

Com efeito, os temperamentos da ilicitude probatória pretendem, na efetivação da prova criminal, evitar o total descarte do sumo probatório produzido e dos fatos nele comprovados. A solenidade das formas, prazos e procedimentos não devem ser fins em si mesmos, como cerimonial de justiça. Se assim acontecer, os embates de técnica jurídica correm o risco de transformar o direito em uma gangorra de validade e não de verdade, molde para todo o conteúdo, arte de cavalgar em toda sela (Cunha, 1991, p. 259).

Sem sombra de dúvidas, a problemática das excepcionalidades às provas ilícitas revela-se um dos mais complexos temas do direito processual, pois coloca em posições antagônicas, possíveis violações a direitos e salvaguardas individuais caso aceitas provas proscritas e, de lado oposto, o interesse público em atingir um resultado justo no processo, com admissão de artefatos de prova marcados por vícios, porém capazes de contribuir para o descobrimento da verdade, sendo, extremamente difícil, encontrar um exato equilíbrio entre as duas exigências contrapostas.

No entanto, ainda que árduo e intrincado o labor acerca da licitude da prova penal, a vida real em julgamento nos processos criminais do quotidiano, impõe ao Estado uma posição que traga segurança jurídica aos homens comuns, que, envoltos em um conglomerado de regras, preceitos, doutrinas e posturas jurídicas (não raro, incompreensíveis), querem apenas receber o adequado direito e a acrisolada justiça, no significado mais puro destas palavras.

Não como solução ao impasse levantado, mas na forma de auxílio aos juristas, soerguem-se as teorias atenuantes da inadmissibilidade da prova proscrita, vez que, quando cabíveis, podem melhor ajustar as velas da justiça, na conturbada navegação do direito pelo agitado oceano das provas criminais, na busca dos mares calmos e da paz social a que todos aspiram.

6 - REFERENCIAL BIBLIOGRÁFICO

ALBECHE, Thiago S. G. (2015) *O Tratamento da Prova Ilícita no Inquérito Policial*. Manaus: DELTAJURIS – Revista Jurídica dos Delegados de Polícia do Estado do Amazonas.

ALVES, Léo da S. (2003) *A prova no processo disciplinar*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris.

ALVIM, José E. C. (2012) *Teoria Geral do Processo*. 15ª ed. Rio de Janeiro: Forense.

ALVES, Bruno (2012) *A prova por reconhecimento em processo penal: análise e reflexão crítica*. 1ª ed. Porto: Fronteira do Caos Editores Ltda.

ALEXY, Robert (2015) *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. 4ª. tiragem. São Paulo: Malheiros.

ALIGHIERI, Dante (1999) *De Monarchia – Liber Secundus*, Tomo V. Roma: Istituto dell'Enciclopedia Italiana.

ALMEIDA, João Conrado P. (2013) Aplicabilidade da Teoria dos Poderes Implícitos na Atividade de Polícia Judiciária. *Revista Brasileira de Ciências Policiais*, 4 (2).

AMARAL, Augusto J. do (2014) *A Política da Prova e Cultura Punitiva: A Governabilidade Inquisitiva do Processo Penal Brasileiro Contemporâneo*. São Paulo: Almedina.

AMARAL, Paulo O. (2015) *Provas: atipicidade, liberdade e instrumentalidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais.

AMBOS, Kai (2010) O Uso Transnacional da Prova Obtida por Meio de Tortura. *Panóptica*, 4 (20).

_____, (2013) A Teoria do Efeito Extensivo no Direito Processual Penal Estadunidense e sua Aplicação ao Processo Penal Alemão. *In: Proibições probatórias no processo penal: análise do direito brasileiro, do direito estrangeiro e do direito internacional*. Brasília: Gazeta Jurídica.

ANDRADE, José Carlos V. de (2002) *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 2ª ed. Coimbra: Almedina.

ANDRADE, Manuel da C. (1992) *Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal*. Coimbra: Coimbra Editora.

ANSELMO, Márcio Adriano (2016) *Colaboração Premiada: O novo paradigma penal brasileiro*. 1ª ed. Rio de Janeiro: M. Mallet.

APA - AMERICAN PSYCHOLOGICAL ASSOCIATION (2015) *Normas para confecção de trabalho científico*. 6ª ed. São Paulo: Biblioteca FEAUSP.

ARENDT, Hannah (1967) *Verdade e Política*. Tradução: Manuel Alberto. Lisboa: Relógio d'água.

ARISTÓTELES (2002) *Ética a Nicômaco*. Tradução em Inglês: H. Rackham, na Biblioteca Clássica de Loeb / Harvard University Press. Tradução em Português: Reinaldo Guarany, *in Os Grandes Filósofos do Direito*. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes.

_____, (1984) *Metafísica*. Tradução: Vicenco Cocco. Livro II. Capítulo I. São Paulo: Abril S.A. Cultural.

_____, (2005). *Retórica*. 2ª ed. Tradução: Levi Condinho. Lisboa: Imprensa Nacional – Casa da Moeda.

ARMENTA DEU, Teresa (2014) *A prova ilícita: um estudo comparado*. Tradução: Nereu José Giacomolli. 1ª ed. São Paulo: Marcial Pons Brasil.

AUFIERO, Aniello (2014) *Teoria e Prática do Processo Penal*. 2ª ed. Manaus: Editora Aufiero.

ÁVILA, Humberto (2014) *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 15ª ed. São Paulo: Malheiros.

AVÓLIO, Luiz Francisco T. (2015) *Provas Ilícitas. Interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas*. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais.

AZEVEDO, Daniel L. de (2002) *Atividade de Inteligência na prevenção do crime organizado*. Brasília: ABIN.

BADARÓ, Gustavo Henrique R. I. (2013). *O Alibi do Acusado e o In Dubio Pro Reu no Acórdão da AP n 470/MG*. São Paulo: Revista dos Tribunais.

BARATTA, Alessandro (2014) *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal. Introdução à Sociologia do Direito Penal*. 6ª ed. 2ª reimpressão. Rio de Janeiro: Editora Revan Ltda.

_____, (1987) *Principios Del Derecho Penal Mínimo: Para Una Teoría de Los Derechos Humanos Como Objeto Y Limite de La Ley Penal*. Tradução: Francisco Bissoli Filho. Revista “Doutrina Penal” n. 10-40. Buenos Aires: Depalma.

BARBOSA, Rui (1991) *Trabalhos Jurídicos. Obras Completas. Vol. XXXII. Tomo I a III*. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa.

BARRETO, Tobias (1892) *Estudos de Direito*. Rio de Janeiro: Laemmert Editores.

BARROSO, Luís Roberto (2012) *O Controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva.

BECCARIA, Cesare (2012) *Dos delitos e das Penas*. Tradução: Torrieri Guimarães. 3ª. reimpressão. São Paulo: Martin Claret.

BELING, Ernst Ludwig von (2013) *As Proibições de Prova como Limite para Averiguação da Verdade no Processo Penal. In: Proibições probatórias no processo penal: análise do direito brasileiro, do direito estrangeiro e do direito internacional.* Brasília: Gazeta Jurídica.

BENI, Elisa (2015) *La Justicia Sometida.* 1ª ed. Madrid: Los Libros de La Catarata.

BERGMANN, Érico R. (1992) *Prova Ilícita: A Constituição de 1988 e o Princípio da Proporcionalidade.* Porto Alegre: Escola Superior do Ministério Público.

BÍBLIA SAGRADA (1990). Tradução: João Ferreira de Almeida. São Paulo: Ebooksbrasil.com.

BITENCOURT, César Roberto (2012) *Tratado de Direito Penal: Parte Especial - Dos Crimes Contra Pessoa - Vol. 2.* 12ª ed. São Paulo: Saraiva.

BLOOM, Robert M. (1992) *Inevitable Discovery: An Exception beyond the Fruits.* Am.J.Crim.L. Vol.20:079. Boston: Boston College Law School.

BOBBIO, Norberto (2004) *A Era dos Direitos.* Tradução: Carlos Nelson Coutinho. 7ª tiragem. Rio de Janeiro: Editora Campus/Elsevier.

_____, (1999) *As ideologias e o poder em crise,* Tradução de João Ferreira; revisão técnica Gilson César Cardoso, 43ª ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília.

_____, (2003) *Teoria da Norma Jurídica.* Tradução: Fernando Pavan Batista. 2ª ed. Bauru: EDIPRO.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASCHINO, Gianfranco (1998) *Dicionário de Política.* Tradução: João Ferreira. 11ª ed. Brasília: UNB.

BOBBIO, Norberto; BOVERO, Michelangelo (1996) *Sociedade e Estado na Filosofia Política Moderna*. Tradução: Carlos Nelson Coutinho. 4ª ed. São Paulo: Brasiliense.

BONACCORSI, Daniela V. (2014) *As Prova Obtidas Por Meios Ilícitos: Uma Análise de suas Consequências no Processo Penal Moderno*. Belo Horizonte: D'Plácido.

BONFIM, Edilson M. (2012) *Criminalidade organizada e júri: posicionamento, atual estado da questão e futuro do direito*. In: *Crime Organizado*. São Paulo: Saraiva.

BRANCO, Isabel Maria F. (2015) *As gravações e fotografias ilícitas como prova a valorar no âmbito do processo penal e civil*. Coimbra: FDUC.

BRITTO, Aldo R. (2015) *Operações Policiais e Medidas Alternativas Penais*. Salvador: Juspodium.

CALAMANDREI, Piero (1943) *Instituciones del Derecho Procesal Civil según el Nuevo Código*. Volumen I. Tradução: Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Biblioteca Corte Suprema de Justicia.

CÂMARA, Alexandre F. (2004) *Lições de Direito Processual Civil*. Vol.I. 9ª ed. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Lúmen Juris.

CAMPOS, Helena N. (2004) Princípio da proporcionalidade: a ponderação dos direitos fundamentais. *Cadernos de Pós-Graduação em Direito Político e Econômico*, 4 (1).

CANOTILHO, José Joaquim G. (1993) *Direito Constitucional*. 6ª ed. Coimbra: Almedina.

_____, (2011) *Direito de Acesso à Justiça Constitucional*. Luanda: Estados da Conferência das Jurisdições Constitucionais dos Países de Língua Portuguesa.

_____, (1999) *Estado de direito*. Lisboa: Gradiva Publicações S.A.

CAPEZ, Fernando (2013) *Curso de Processo Penal*. 20ª ed. São Paulo: Saraiva.

CARDOSO, Antônio Manoel B. (1986) *A Magna Carta – conceituação e antecedentes. Revista de Informática Legislativa*, 91.

CARDOZO, Benjamin N. (1978) *A Natureza do Processo e a Evolução do Direito*. Tradução: Leda Boechat Rodrigues 3ª ed. Porto Alegre: Coleção AJURIS.

_____, (2004) *A Natureza do Processo Judicial: palestras proferidas na Universidade de Yale*. Tradução: Silvana Vieira. São Paulo: Martins Fontes.

CARNEIRO, André Ricardo X. (2012) *A Polícia Judiciária no combate ao crime organizado. In: Crime Organizado*. São Paulo: Saraiva.

CARNELUTTI, Francesco (2009) *As misérias do Processo Penal*, Tradução: Carlos Eduardo Trevelin Millan. 3ª ed. São Paulo: Editora Pillares.

_____, (2002) *Arte do Direito*. Tradução: Hebe Marenco. São Paulo: Edicamp.

_____, (1955) *La prueba civil*. Buenos Aires: Arayú.

_____, (2001) *Como Nasce o Direito*. Tradução: Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder Cultura Jurídica.

_____, (1936) *Sistema del diritto processuale civile*. Vol. I. Milano: Padova Cedam.

CARNOT, Joseph-François-Claude; RICCIARDI, Francesco (1812) *De l'instruction criminelle*. Tome Second. Paris: Chez Nêve – Libraire de La Cour de Cassation.

CARVALHO, L.G. Grandinetti C. de, (2009) *Processo Penal e Constituição: Princípios Constitucionais do Processo Penal*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris.

CAVALCANTI, Ascendino (1987) *Criminalística Básica*. 2ª ed. Recife: Litoral.

CHALMERS, Alan F. (1993) *O Que é Ciência Afinal?* Tradução: Raul Filker. Brasília: Editora Brasiliense.

CHIOVENDA, José (1922) *Principios de Derecho Procesal Civil – Tomo I*. Tradução: José Casáis Y Santaló. Madrid: REUS.

CÓDIGO PHILIPPINO - *Ordenações Filipinas*, 14^a ed. (1870). Recompiladas por Candido Mendes de Almeida. Rio de Janeiro: Typografia do Instituto Philomático, Livro III, Título LXIII, p.662.

COLUCCI, Maria da G. L.; SILVA, Maria R. C. (1988) *Provas Ilícitas no Processo Penal*. Brasília: Revista de Informática Legislativa n.97.

COMTE-SPONVILLE, André (1999) *Pequeno Tratado das Grandes Virtudes*. Tradução: Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes.

COSTA, Alexandre A. (1999) *O Princípio da Razoabilidade na Jurisprudência do STF: O século XX*. Brasília: UNB.

COSTA, José de F. (2003) *O Fim da Vida e o Direito Penal: Liber Discipulorum para Jorge Figueiredo Dias*. Coimbra: Coimbra Editora.

COUTURE, Eduardo Juan (2003) *Introdução ao estudo do Processo Civil*. Tradução: Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Ed. Líder.

CONTRERAS, Joaquín C. (2007) *Conceptos Fundamentales de la Responsabilidad por Tentativa*. Cáceres: Universidad de Extremadura.

CUNHA, Paulo F. da (1991) *Pensar o Direito: II Da modernidade à postmodernidade*. Coimbra: Almedina.

CUNHA, Rogerio Sanches; PINTO, Ronaldo B. (2014). *Crime Organizado: comentários à nova lei sobre o Crime Organizado – Lei n° 12.850/2013*. Salvador: JusPodium.

CUNHA JR., Dirley; NOVELINO, Marcelo (2015) *Constituição Federal para concursos*. 6ª ed. Salvador: JusPodium.

CUSSON, Maurice (2007) *Criminologia. Só pelo Conhecimento se Pode Evitar a Criminalidade*. 2ª ed. Lisboa: Casa das Letras.

DALARI, Dalmo de A. (1998) *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 2ª.ed, São Paulo: Saraiva.

DENTI, Vittorio (1984) *Il Ruolo del Giudice nel Processo Civile: Rilievi di Diritto Comparato*. Milano: Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile. Giuffrè.

DESCARTES, René (1637) *Discurso do Método. Para bem conduzir a própria razão e procurar a verdade nas ciências*. Tradução: Jacob Guinsburg e Bento Prado Jr. Notas de Gérard Lebrun. São Paulo: Difel – Difusão Européia do Livro.

_____, (1983) *Meditações*. Tradução: Jacob Guinsburg e Bento Prado Jr. 3ª ed. São Paulo: Abril Cultural.

DICKENS, Charles. (1861). *Great Expectations*. London: Chapman and Hall.

DIDEROT, Denis (1772) *Œuvres philosophiques et dramatiques de M. Diderot*. Paris: A. Amsterdam.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo (2014) *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. 5ª ed. São Paulo: Atlas.

DOSTOIEVSKI, Fiodor M. (2004) *Crime e Castigo*. São Paulo: Coletivo Sabotagem.

DUHAIME'S LAW DICTIONARY. *Independent Source Doctrine Definition*. Acedido em 29/03/2017, de <http://www.duhaime.org/LegalDictionary/I/IndependentSourceDoctrine.aspx>.

DUMCZUK, Cláudio (2012) O uso da prova emprestada no processo penal. *Revista de Informática Legislativa*, 193.

DURKHEIM, Emile (2007) *As regras do método sociológico*. Tradução: Paulo Neves. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes.

EINSTEIN, Albert (1981) *Como vejo o mundo*. Tradução: H.P. de Andrade. Rio de Janeiro: Nova Fronteira.

FACHIN, Zulmar (2008) *Curso de Direito Constitucional*. 3ª ed. São Paulo: Método.

FENNOL, Jordi Nieva (2013) *La Duda En El Proceso Penal*. Madrid: Marcial Pons.

_____, (2016) *La Razón de Ser de la Presunción de Inocencia*. Barcelona: InDret Revista Para El Análisis Del Derecho.

FERNANDES, Antonio Scarance (2010) *Processo Penal Constitucional*. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais.

FERNANDES, Luís Fiães (2014) *Intelligence e Segurança Interna*. Lisboa: ISCPSI.

FERRAJOLI, Luigi (2002) *A Soberania no Mundo Moderno: Nascimento e crise do Estado Nacional*. Tradução: Carlo Coccioli. São Paulo: Martins Fontes.

_____, (1999) *A Teoria do Garantismo e seus Reflexos no Direito e no Processo Penal*. São Paulo: Boletim IBCrim, nº77.

_____, (2002) *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. Tradução: Juarez Tavares. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de (2009) *O papel do direito penal na proteção das gerações futuras*. In: *Direito Penal Económico Europeu – Textos Doutrinários*. Coimbra: IDPEE.

_____, (2004) *Direito Processual Penal*. 1ª. Reimpressão. Coleção Clássicos Jurídicos. Coimbra: Editora Coimbra.

FORIERS, Paul (1981) *Considérations sur la preuve judiciaire: La preuve en droit*. Bruxelles: Bruylant.

FOUCAULT, Michel (1986) *A ordem do discurso*. Tradução: Laura Fraga de Almeida Sampaio. 3ª ed. São Paulo: Edições Loyola.

_____, (1995) *A Verdade e as Formas Jurídicas*. Rio de Janeiro: NAU.

FRAGOSO, Heleno Cláudio (1978) Notas sobre a prova no processo penal. *Revista de Direito Penal*, 23.

_____, (1977) *O Direito Penal Comparado na América Latina*. In: *Revista de Direito Penal*. 24ª ed. Rio de Janeiro: Forense.

FREITAS, Jayme W. (2004) *Prisão Temporária*. São Paulo: Saraiva.

FRIED, Charles; KAMM, Frances; MICHELMAN, Frank I.; TRIBE, Laurence H.; MINOW, Martha; FALLON, Richard H. (2013) *Toward A General Good Faith Exception*. Cambridge: Harvard Law Review. v.127.

FRIEDE, Reis (1997) *Ciência do direito, norma, interpretação e hermenêutica jurídica*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária.

FÜHRER, Maximiliano Roberto Ernesto (2011) *A Nova Prisão e as Novas Medidas Cautelares no Processo Penal*. São Paulo: Malheiros.

GAIO JUNIOR, Antonio (2013) *Instituições de Direito Processual Civil*. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey.

GASCÓN ABELLÁN, Marina (2010) *Los hechos en el derecho – Bases argumentales de la prueba*. 3ª ed. Madrid: Marcial Pons.

GIACOMOLLI, Nereu J. (2014) *O Devido Processo Penal: Abordagem Conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica*. São Paulo: Atlas.

_____, (2010) *Direito Penal em Tempos de Crise: O princípio da legalidade como limite do ius puniendi e proteção dos direitos fundamentais*. São Paulo: Letras e Conceitos, Ltda.

_____, (2015) *Prova Penal. Estado Democrático de Direito. Texto: Valoração da prova no âmbito da cooperação jurídica internacional em matéria criminal*. São Paulo: Letras e Conceitos, Lda.

_____, (2013) *Prisão, Liberdade e as Cautelares Alternativas ao Cárcere*. São Paulo: Marcial Pons Brasil.

_____, (2008) *Reformas (?) do Processo Penal: Considerações Críticas*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris.

GOMES, Luiz Flávio (2003) *Direito Penal: Parte Geral. Introdução- Volume I*. São Paulo: Revista dos Tribunais.

_____, (2009) *Natureza jurídica da serendipidade nas interceptações telefônicas*. Disponível em: <http://www.lfg.com.br>. 18 de março de 2009.

GOMES FILHO, Antônio M. (1997) *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais.

GONZÁLEZ, Héctor M. (1978) *Teoría General de la Prueba*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México – UNAM.

GRECO, Leonardo (2003) O conceito de prova. *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, IV (4).

GRECO, Rogério (2012) *Curso de Direito Penal*. 14ª ed. Rio de Janeiro: Impetus.

GRINOVER, Ada P. (2004) *As nulidades no processo penal*. 8ª ed. São Paulo: RT.

GRINOVER, Ada P.; CINTRA, Antônio Carlos de A.; DINAMARCO, Cândido R. (2012) *Teoria Geral do Processo*. 28ª ed. São Paulo: Malheiros.

GRINOVER, Ada P.; GOMES FILHO, Antônio M.; FERNANDES, Antônio S. (2005) *Recursos no Processo Penal: teoria geral dos recursos; recursos em espécie; ações de impugnação e reclamação nos tribunais*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais.

HABERMAS, Jürgen (1997) *Direito e democracia: entre a facticidade e validade*. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro.

HANS GROSS, Francisco Antón; LUIZ Y TURÉGANO, Juan V. (2012) *Policía Científica: Volumen I*. 3ª ed. Colección Ciencia de Policía. Valencia: Tirant lo Blanch.

HARR, J. Scott; HESS, Kären M.; ORTHMANN, Cristine H. (2012) *Constitutional Law and the Criminal Justice System*. Belmont: Wadsworth.

HAURIOU, Maurice (2010) *Principes de Droit Public*. Paris: Dalloz-Sirez.

HAYASHI, Felipe Eduardo H. (2015) *Corrupção: combate transnacional, compliance e investigação criminal*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris.

HEGEL, Georg W. F. (2001) *A razão na História: Uma Introdução Geral à Filosofia da História*. Tradução: Beatriz Sidou. 2ª ed. São Paulo: Centauro.

HENRION, Hervé (2004) *La nature juridique de la présomption d'innocence*. Thèse de doctorat en Droit privé. Montpellier: Université de la Sarre.

HOWARD, William E (1967) *Constitutional Law-Judicial Power - Harmless Error* Cleveland: Case Western Reserve Law Review. Vol. 19.

HOBBS, Thomas (1983) *O Leviatã. Matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico*. Tradução: João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: AbrilCultural.

HOBBS, Eric (2013) *Globalisation, democracy and terrorism*. Tradução: José Viegas. São Paulo: Companhia das Letras.

HOEPPNER, Marcos G. (2007) *Minidicionário Jurídico*. São Paulo:Ícone.

IBAÑEZ, Perfecto A. (2005). *Garantismo: una teoría crítica de la jurisdicción*. Madrid: Trotta.

IHERING, Rudolf V. (2009) *A luta pelo Direito*. Tradução: José Tavares Bastos. São Paulo: Martin Claret.

JESUS, Damásio de (2011) *Direito penal. Volume 1: parte geral*. 32ª ed. São Paulo: Saraiva.

JOPPERT, Alexandre C. (2008) *Fundamentos de Direito Penal: Aplicação da Lei Penal, Teoria Geral do Crime e Concurso de Agentes*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris.

KELSEN, Hans (2000) *Teoria Geral do Direito e do Estado*. Tradução: Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes.

_____, (1999) *Teoria Pura do Direito*. Tradução: João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes.

KEYNES, John M. (1996) *A Teoria Geral do Emprego do Juro e da Moeda*. Tradução: Mário R. da Cruz. São Paulo: Nova Cultural Ltda.

LASSALLE, Ferdinand (2006) *Que é Uma Constituição?* Tradução: Walter Stönnner. São Paulo: Edições e Publicações Brasil.

LEMGRUBER, Julita (2001) *Controle da Criminalidade: mitos e fatos*. São Paulo: Revista Think Tank.

LENS, Luís A. T. F. (1988) Os meios moralmente legítimos de prova. *Revista de Informática Legislativa*, 97.

LENZA, Pedro (2013) *Direito Constitucional Esquematizado*. 17ª ed. São Paulo: Saraiva.

LIMA, José A. F. L. de (2007) *Direito Penal Europeu*. Leme: JH Mizuno.

LIMA, Renato B. (2013) *Curso de Processo Penal*. Niterói: Impetus.

_____, (2015) *Legislação Criminal Especial Comentada*. 3ª. ed. Salvador: JusPodium.

LISZT, Franz V. (1899) *Tratado de Direito Penal Alemão - Tomo I e II*, Tradução: José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro: F. Briguiet Editores.

LOPES JR., Aury (2014) *Direito processual penal*. 11ª ed. São Paulo: Saraiva.

MACHADO, Angela C. C.; JUNQUEIRA, Gustavo O. D.; FULLER, Paulo Henrique A. (2006) *Processo Penal*. 5ª ed. São Paulo: Premier Maxima.

MACHADO, Vitor G. (2013) *Que é (ou o que deveria ser) a “verdade” no moderno processo civil?* Vitória: UFES.

MACHADO JR., Carlos Roberto (2007) Raciocínio Dedutivo e Indutivo nas Declarações de Inconstitucionalidade. *RBDC*, 10.

MAÍLLO, Alfonso S.; PRADO, Luiz R. (2013) *Curso de Criminologia*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais.

MALATESTA, Nicola F. D (1927) *A lógica das Provas em Matéria Criminal*. Tradução: J.Alves de Sá. 2ª ed. Lisboa: Livraria Clássica Editora.

MALUF, Sahid (2010) *Teoria Geral do Estado*. 30ª ed. São Paulo: Saraiva.

MANES, Vittorio (2011) As Garantias Fundamentais em Materia Penal, entre a Constituição e a Convenção Européia de Direitos Humanos. In: *Atas do Congresso Internacional: Direito Penal e Política Criminal no Terceiro Milênio*. Porto Alegre: EdIPUCRS.

MANITA, Celina (1999) *Psicologia: Teoria, Investigação e Prática*. Porto: Centro de Estudos em Educação e Psicologia - Universidade do Minho.

MANNHEIM, Hermann (1984) *Criminologia Comparada. Volume II*. Tradução: Costa Andrade e Faria Costa. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian.

MAQUIAVEL, Nicolau (1505) *O Príncipe*. Tradução: Ridendo Castigat Mores. São Paulo: Ebooksbrasil.com.

MARQUES, Helvétius (2004) *Direito Internacional Humanitário: Limites da Guerra*. Rio de Janeiro: Esplanada.

MARINHO e PINTO, Bárbara (2016) *As medidas de Coação no Quadro da Criminalidade Económico Financeira*. In: *V Congresso de Direito Penal e Processual Penal – Memórias*. Coimbra: Almedina.

MARTINS, Ives Gandra da S. (2011) O Ativismo Judicial e a Ordem Constitucional. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, 18.

MELLO, Celso Antônio B. (2014) *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. 13ª tiragem. 3ª ed. São Paulo: Malheiros.

MELLO, Sebastián B. de A. (2011) *Direito Penal – Sistemas, códigos e microssistemas jurídicos*. Curitiba: Juruá.

MENDES, Gilmar F. (2000) *Controle de Constitucionalidade*. São Paulo: Saraiva.

MESSA, Ana Flávia; CARNEIRO, José Reinaldo G. (2012) *Crime Organizado*. São Paulo: Saraiva.

MIRABETE, Julio F. (1997) *Processo Penal*. 7ª ed. São Paulo: Atlas.

MISAKA, Marcelo Y. (2014) *Sentença Criminal*. São Paulo: Método.

MITTERMAYER, C.J.A. (1871) *Tratado da Prova em Matéria Criminal*. Tradução: Alberto Antônio Soares. Rio de Janeiro: A.A. da Cruz Coutinho.

MOLINARO, Carlos Alberto; MILHORANZA, Mariângela G. (2007) A questão da prova ilícita vista pelos Tribunais. *Revista do Processo*, 32 (145).

MONTESQUIEU, C. de S. (2000) *O espírito das Leis*. Tradução: Cristina Murachco. 2ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Martins Fontes.

MOREIRA, José Carlos B. (1996) A Constituição e as Provas Ilícitamente Adquiridas. *Revista de Direito Administrativo*, 11 (22).

_____, (1997) *Temas de direito processual: sexta série*. São Paulo: Saraiva.

MOREIRA, Jussara Carla B. (2013) Inteligência Policial como Meio de Prova: considerações sobre sua utilização. *RBSPC*, 06 (01).

NEMETH, Charles P. (2011) *Law & Evidence: a primer for criminal justice, criminology, law, and legal studies*. 2ª ed. Sudbury: Jones and Bartlett Publishers.

NEVES, Iêdo B. (1990) *Vocabulário Prático de Tecnologia Jurídica e de Brocardos Latinos*. 3ª ed. São Paulo: Edições Fase.

NUCCI, Guilherme de S. (2007) *Código de Processo Penal Comentado*. 6ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais.

_____, (2015) *Corrupção e Anticorrupção*. Rio de Janeiro: Forense.

_____, (2011) *Provas no Processo Penal – o valor da confissão como meio de prova no processo penal*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

NUVOLONE, Pietro (1966). *Le prove vietate nel processo penale nei paesi di diritto latino*. Volume XXI. II Serie. Padova: Rivista di diritto processuale.

O CÓDIGO DE HAMURABI (1910) Tradução: Rev. Claude Hermann Walter Johns. M.A. Litt.D. The Eleventh Edition of the Encyclopaedia Britannica.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de (2009) O Processo Penal como Dialética da Incerteza. *Revista de Informática Legislativa*, 183.

OLIVEIRA, Francisco da C. (2008) *A Defesa e a Investigação do Crime*. 2ª ed. Coimbra: Almedina.

Opinion of The Court: October Term (1983) Princeton University. Acedido em 29/03/2017, de <https://www.princeton.edu/~ereading/NixvWilliams.pdf>.

OPILHAR, Maria C. M. C. (2006) *Criminalística e investigação criminal*, Palhoça: UnisulVirtual.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo (2007) *Direito Constitucional Descomplicado*. Rio de Janeiro: Impetus.

PEÑARANDA RAMOS, Enrique; GONZÁLEZ, Carlos S.; MELIÁ, Manuel C. (2003) *Um Novo Sistema do Direito Penal: Considerações sobre a Teoria de Günther Jakobs*. Tradução: André Luis Callegari; Nereu José Giacomolli. Barueri: Manole.

PEREIRA, Eliomar (2010) *Teoria da Investigação Criminal*. Coimbra: Almedina.

PEIXOTO, Alberto (2012) *Vitimização – Mitos e Realidades*. Ponta Delgada: Edições Macaronésias.

PINA, Rafael; LARRAÑAGA, José C. (2007) *Instituciones De Derecho Procesal Civil*. 29ª ed. México: Editorial Porrúa.

PINHO, Ruy R.; NASCIMENTO, Amauri M. (2002) *Instituições de Direito Público e Privado: Introdução ao Estudo do Direito: Noções de Ética Profissional*. 23ª ed. São Paulo: Atlas.

PLATÃO (1965) *A República*. Tradução: J. Guinsburg. São Paulo: Difusão Européia do Livro.

PONTES DE MIRANDA, Francisco C. (1973) *Tratado das Ações*. *Revista dos Tribunais*, Tomo IV.

PRADO, Geraldo (2015) *Avaliação e Valoração da Prova no Processo Penal*. In: *V Congresso de Direito Penal e Processual Penal – Memórias*. Coimbra: Almedina.

_____, (2014) *Prova Penal e Sistema de Controle Epistêmicos: A Quebra da Cadeia de Custódia das Provas Obtidas por Métodos Ocultos*. São Paulo: Marcial Pons.

PRADO, Geraldo; MARTINS, Rui Cunha; CARVALHO, Luiz Gustavo G. C. de (2012) *Decisão Judicial: A cultura jurídica brasileira na transição para a democracia*. Capítulo 3: *Estado de direito e decisão jurídica: as dimensões não-jurídicas do ato de julgar*. Madrid: Marcial Pons.

RANGEL, Paulo (2011) *Direito Processual Penal*. 18ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris.

REALE, Miguel (2010) *Lições Preliminares de Direito*. 27ª ed. 9ª Tiragem. São Paulo: Saraiva.

REALE JÚNIOR, Miguel (2011) *Direito Penal e Política Criminal no Terceiro Milênio. Perspectivas e Tendências: Limites à Liberdade de Expressão*. Porto Alegre: EDIPUCRS.

REIS, Alexandre C. A.; GONÇALVES, Victor E. R. G.; LENZA, Pedro (2012) *Direito Processual Penal Esquematizado*. São Paulo: Saraiva.

REIS, Friede (1997) *Ciência do Direito, Norma, Interpretação e Hermenêutica Jurídica*. Rio de Janeiro: Forense Universitária.

REZEK, José Francisco (2008) *Direito Internacional Público: curso elementar*. 11^a ed. São Paulo: Saraiva.

REZENDE, Álex L. B. de (2016) *Temas Processuais da Atualidade: Colaboração Premiada. Capítulo 13*. 1^a ed. São Paulo: Letras Jurídicas.

ROCHA, Luiz C. (1998) *Investigação Policial: Teoria e Prática*. São Paulo: Saraiva.

ROXIN, Claus (2006) *Estudos de Direito Penal*. Tradução: Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar.

_____, (2000) *Política criminal e sistema jurídico-penal*. Tradução: Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar.

_____, (2004) *Problemas Fundamentais de Direito Penal*. Tradução: Ana Paula dos Santos Luís Natscheradetz. Lisboa: Vega.

ROUSSEU, Jean-jaques (2002) *Do Contrato Social*. São Paulo: Virtualbooks.

RUSSELL, Bertrand (1956) *A autoridade e o indivíduo*. Tradução: Agenor Soares Santos. São Paulo: Companhia Editora Nacional.

SÁ, Benedito W. C. de (2005) *A violação do Domicílio como Prova Ilícita*. Belém: Imprensa Oficial do Estado.

SANTIAGO, Nestor Eduardo A.; COSTA, Daniela Karine de A. (2013) *O Sigilo das Comunicações e o Encontro Fortuito de Provas: uma análise principiológico-constitucional*. In: *Proibições probatórias no processo penal: análise do direito brasileiro, do direito estrangeiro e do direito internacional*. Brasília: Gazeta Jurídica.

SANTOS, Célio J. (2011) *Investigação Criminal e Inteligência: Qual a Relação?* *Revista Brasileira de Ciências Policiais*, 2 (1).

_____, (2013). *Investigação Criminal Especial - Col. Investigação Criminal Vol I*. Brasília: Núria Fabris Editora.

SANTOS, Moacir A. (2004) *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. 2º Volume. 23ª ed. São Paulo: Saraiva.

SARMENTO, George (2008) *A presunção de inocência no sistema constitucional brasileiro. In: Direitos Fundamentais na constituição de 1988: estudos comemorativos de seus vinte anos*. Porto Alegre: Núria Fabris.

SCHAFF, Adam (1995) *História e Verdade*. Tradução: Maria Paula Duarte. São Paulo: Martins Fontes.

SHAKESPEARE, William (1603) *A Tragédia de Hamlet, Príncipe da Dinamarca*. Tradução: Ridendo Castigat Mores. São Paulo: Virtualbooks.

_____, (2015) *Complete Works of William Shakespeare*. New York: Barnes & Noble's.

SILVA, Bruno C. G. (2010) *Da Prova Ilícitamente Obtida por Particular no Processo Penal*. Campinas: Servanda.

SILVA, Fábio M. (2016) *Temas Processuais da Atualidade: A prova testemunhal na visão do delegado de polícia. Capítulo 7*. 1ª ed. São Paulo: Letras Jurídicas.

SILVA, Germano M. (2001) *Ética Policial e Sociedade Democrática*. Lisboa: ISCPSI.

_____, (2009) *Introdução ao Estudo do Direito*. 3ª ed. Lisboa: Universidade Católica Editora.

SILVA, Justino A. F. da; SILVA, Agathe Elsa S. da. (1998) O problema perceptivo no testemunho judicial. *Estudos Jurídicos*, 31 (82).

SILVA, Marcio Alberto G. (2016) *Inquérito Policial: uma análise jurídica e prática da fase pré-processual*. 3ª ed. Campinas: Millenium.

_____, (2014) *Organizações Criminosas: Uma Análise Jurídica Pragmática da Lei 12.850/13*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris.

SILVA SANCHES, Jesús-María (2001) *La Expansión del Derecho Penal: aspectos de la política criminal em las sociedades postindustriales*. 2ª.ed, Madrid: Civitas Ediciones.

SILVA FILHO, Gaspar P. (2012) *Facção Criminosa. In: Crime Organizado*. São Paulo: Saraiva.

SOARES, Paulo Alexandre F. (2014) *Meios de Obtenção de Prova no Âmbito das Medidas Cautelares e de Polícia*. Coimbra: Almedina.

SOUSA, João Henrique G. de (2007). *Elementos para o Estudo Comparado do Reconhecimento de Pessoas em Processo Penal na Óptica do Juiz de Julgamento*. Évora: Publicações do TRE.

SOUSA, Marllon (2015) *Crime organizado e infiltração policial: parâmetros para validação da prova colhida no combate às organizações criminosas*. São Paulo: Atlas.

SOUZA, Alexander A. de (2004) A inadmissibilidade, no Processo Penal, das Provas Obtidas por Meios Ilícitos: Uma Garantia Absoluta? *Revista da EMERJ*, 7 (27).

STEFANI, Gaston (1956) *Quelques aspects de l'autonomie du droit pénal: études de droit criminel*. Paris: Librairie Dalloz.

STRATTON, Brent D. (1984) The Attenuation Exception to the Exclusionary Rule: A Study in Attenuated Principle and Dissipated Logic. *Journal of Criminal Law and Criminology Northwestern University School of Law*, 75.

TAKAYANAGI, Fabiano Y. (2012) Conhecimento Fortuito e Apreensão de Documentos no Processo Penal. *Revista Acadêmica Direitos Fundamentais*, 06.

TARTUCE, Flávio (2014) *Direito Civil: direito das coisas*. (4). 6ª ed. São Paulo: Método.

TARUFFO, Michele (2009) *La Prueba, Artículos y Conferencias*. Santiago: Editorial Metropolitana.

_____, (2013) *Verdad, prueba y motivación en la decisión sobre los hechos*. México: Tribunal Electoral de Poder Judicial de la Federación.

TASSE, Adel E.; MILÉO, Eduardo Z.; PIASECKI, Patrícia R. (2012) *O Novo Sistema de Provas no Processo Penal: Comentário à Lei 11.690/08*. Curitiba: Juruá.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar R. (2011) *Curso de Direito Processual Penal*. 6ª ed. Salvador: JusPodium.

TEMER, Michel (1996) *Elementos de Direito Constitucional*. 12ª ed. São Paulo: Malheiros.

THEODORO JÚNIOR, Humberto (2011) *Curso de Direito Processual Civil – Teoria Geral do Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento*. 52ª ed. Rio de Janeiro: Forense.

TONINI, Paolo (2002) *A Prova no Processo Penal Italiano*. Tradução: Alexandra Martins e Daniela Mróz. São Paulo: Revista dos Tribunais.

TORIBIO, Eduardo M. A. (2014) *Valoración probatoria judicial: alcances sobre la evolución de sus sistemas en la prueba penal*. Lima: Instituto de Ciencia Procesal Penal – INCIPP.

TORNÉ, María Cinta C. (2012) La Prueba Ilícita por Violación de Derechos Fundamentales y Sus Excepciones. *Revista de Derecho UNED*, 11.

TOURINHO FILHO, Fernando da C. (2013). *Processo Penal – Volume 3*. 35ª ed. São Paulo: Saraiva.

VALENTE, Manuel M. G. (2014) *Consumo de Drogas*. 4ª ed. Coimbra: Edições Almedina Ltd.

_____, (2010) *Direito Penal do Inimigo e o Terrorismo. O “Progresso ao Retrocesso”*. São Paulo: Almedina Brasil Ltda.

_____, (2013) *Do Ministério Público e da Polícia. Prevenção Criminal e Acção Penal Como Execução de Uma Política Criminal do Ser Humano*. Lisboa: Universidade Católica Editora.

_____, (2008) *Escutas Telefónicas: da excepccionalidade à vulgaridade*. 2ª ed. Coimbra: Almedina.

_____, (2006) *Regime Jurídico da Investigação Criminal Comentado e Anotado*. 3ª ed. Coimbra: Almedina.

_____, (2014) *Teoria Geral do Direito Policial*. 4ª ed. Coimbra: Edições Almedina Ltda.

VALLEJO, Manuel J. (2015). *Los principios de la prueba en el proceso penal español*. Las Palmas: Universidade de Gran Canaria-Espanha.

VENOSA, Sílvio de S. (2003) *Direito Civil. Parte Geral*. 3ª ed. São Paulo: Atlas.

VERGUEIRO, Luiz Fabrício T. (2009) *Terrorismo e Crime Organizado*. São Paulo: Quartier Latin.

WITTGENSTEIN, Ludwig (1995) *Manuscrito: Revista Internacional de Filosofia*. Tradução: António Zilhão. Campinas: UNICAMP.

ZAFFARONI, Eugenio R. (1996) *'Crime Organizado' - uma categoria frustrada: Discursos Sediciosos – crime, direito e sociedade*. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia.

_____, (1998) *En Busca De Las Penas Perdidas*. 2º Reimpressão. Buenos Aires: Ediar.

ZILLI, Marcos (2013) *Entre os fins e os meios. In: Proibições probatórias no processo penal: análise do direito brasileiro, do direito estrangeiro e do direito internacional*. Brasília: Gazeta Jurídica.